



**UNIVERSIDAD DE SEVILLA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL**

**EL CONTRATO DE *FACTORING* EN EL CONCURSO DE  
ACREEDORES**

Tesis doctoral que presenta la  
Graduada Patricia Cifredo Ortiz, bajo  
la dirección y tutorización de la  
Profesora Doctora Doña Josefa Brenes  
Cortés en el marco del Programa de  
Doctorado en Derecho de la  
Universidad de Sevilla (RD 99/2011)

Sevilla, Junio de 2021



## ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>13</b>
<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....</b>	<b>33</b>
1. LOS ORÍGENES DEL FACTORING. SU DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS .....	33
2. LA EXTENSIÓN DEL <i>FACTORING</i> DE ESTADOS UNIDOS A EUROPA. SU EXPANSIÓN EN EL MERCADO EUROPEO .....	37
3. LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO <i>FACTORING</i> A LOS DISTINTOS SISTEMAS LEGISLATIVOS EUROPEOS .....	39
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE <i>FACTORING</i>.....</b>	<b>43</b>
1. DEFINICIÓN.....	43
2. TERMINOLOGÍA .....	45
3. FUNCIONES DEL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> .....	46
3.1. Función administrativa o de gestión .....	46
3.2. Función de garantía.....	50
3.3. Función de financiación .....	51
3.4. Otros servicios .....	53
4. FORMAS DE CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> . MODALIDADES .....	53
4.1. Tipología del <i>factoring</i> .....	53
4.2. Las modalidades del contrato de <i>factoring</i> en España.....	55
5. DESARROLLO NORMATIVO DEL <i>FACTORING</i> .....	59

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

5.1. El carácter atípico de la figura .....	59
5.2. La tipificación del <i>factoring</i> por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil .....	67
<b>CAPÍTULO TERCERO. LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONTRATO DE FACTORING.....</b>	<b>71</b>
1. LA CESIÓN DE CRÉDITOS: ASPECTOS GENERALES. LA CESIÓN COMO INSTRUMENTO.....	71
2. FÓRMULAS DE INSERTAR LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> .....	75
2.1. El <i>factoring</i> como contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores .....	75
2.2. El <i>factoring</i> como cesión global anticipada de créditos futuros .....	80
<b>CAPÍTULO CUARTO. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO.....</b>	<b>91</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	91
2. OBLIGACIONES DEL CLIENTE-CEDENTE .....	92
2.1. Entrega de la información pertinente a la empresa de <i>factoring</i> .....	92
2.2. Cesión de los créditos .....	94
2.3. Responsabilidad <i>veritas nominis</i> .....	98
2.4. Asunción del impago del deudor cedido.....	100
2.5. Notificación de la cesión.....	102
2.6. Remuneración a la sociedad de <i>factoring</i> .....	105
2.7. Pacto de cuenta corriente .....	108
2.8. Otras obligaciones.....	112
3. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE <i>FACTORING</i> .....	113

## Índice

3.1. Gestión de los créditos cedidos .....	114
3.2. Anticipo del importe de los créditos .....	114
3.3. Asunción del riesgo de insolvencia de los deudores.....	116
<b>CAPÍTULO QUINTO. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.....</b>	<b>119</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	119
2. CAUSA DEL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> .....	120
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>FACTORING</i> CON REGRESO Y SIN FINANCIACIÓN: EL DENOMINADO « <i>FACTORING</i> EN COMISIÓN DE COBRANZA» .....	123
4. NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>FACTORING</i> SIN REGRESO .....	125
4.1. Diferentes teorías en torno a la naturaleza jurídica del <i>factoring</i> sin regreso....	125
4.2. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del <i>factoring</i> sin regreso: concepción crítica.....	130
4.3. Concepción propuesta acerca de la naturaleza jurídica del contrato de <i>factoring</i> sin regreso.....	133
5. NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>FACTORING</i> CON REGRESO .....	135
5.1. Similitud con el contrato de descuento bancario .....	135
5.2. Diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del <i>factoring</i> con regreso.....	141
5.3. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del <i>factoring</i> con regreso: especial referencia a su traslatividad. Concepción crítica.....	152
5.4. Concepción propuesta acerca de la naturaleza del <i>factoring</i> con regreso....	158
6. <i>FACTORING</i> COLIGADO A UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA.....	160

<b>CAPÍTULO SEXTO. EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LAS CESIONES DE CRÉDITOS REALIZADAS EN VIRTUD DEL CONTRATO DE FACTORING.....</b>	<b>166</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	166
2. NORMATIVA GENERAL DE OponIBILIDAD EN NUESTRO DERECHO: EL ARTÍCULO 1526 CC .....	167
3. OponIBILIDAD DE DETERMINADAS CESIONES DE CRÉDITO: EL APARTADO SEGUNDO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA LEY 1/1999, DE 5 DE ENERO.....	169
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> .....</b>	<b>175</b>
1. INTRODUCCIÓN.DELIMITACIÓN Y RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN.	175
2. EL DERECHO ESPAÑOL PRECEDENTE .....	183
3. EL RÉGIMEN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLCOn: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS .....	190
3.1. Concreción de los contratos sinalagmáticos o con obligaciones recíprocas	190
3.2. Contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por solo una parte (art. 157 TRLCOn).....	194
3.3. Contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 158 TRLCOn) .....	206
4. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> : RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLCOn CON EL CONTRATO 227	
5. RÉGIMEN CONCURSAL DEL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO TANTO A CARGO DEL CLIENTE CONCURSADO COMO DE LA OTRA PARTE .....	244
5.1. Resolución del contrato por incumplimiento .....	244

## Índice

5.2. Resolución judicial del contrato en interés del concurso .....	268
6. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLEZCAN LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN O LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR LA SOLA CAUSA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES .....	286
<b>CAPÍTULO OCTAVO. FACTORING Y RESCISIÓN CONCURSAL.....</b>	<b>293</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	293
2. RÉGIMEN PRECEDENTE: LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA.....	301
3. <i>FACTORING</i> Y RESCISIÓN CONCURSAL EN EL SUPUESTO DE CONCURSO DEL CEDENTE.....	317
3.1. El régimen anterior del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero: excepción legal a la retroacción de la quiebra .....	317
3.2. El régimen actual del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero: inexistencia de régimen concursal especial.....	324
3.3. Especial referencia a la rescisión concursal del contrato fuente de los créditos que han sido cedidos .....	341
4. <i>FACTORING</i> Y RESCISIÓN CONCURSAL EN EL SUPUESTO DE CONCURSO DEL DEUDOR CEDIDO .....	343
4.1. El apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, antes de su reforma: excepción al régimen general de retroacción de la quiebra.....	343
4.2. El régimen actual del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero: continuación del régimen concursal especial .....	349
<b>CAPÍTULO NOVENO. FACTORING Y SEPARACIÓN CONCURSAL .....</b>	<b>355</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	355

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

2. LA TITULARIDAD DE LOS CRÉDITOS CEDIDOS MEDIANTE EL CONTRATO DE <i>FACTORING</i> Y EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL FACTOR.....	359
3. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN POR EL FACTOR.....	365
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>373</b>
<b>CONCLUSIONI .....</b>	<b>405</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>437</b>
<b>RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.....</b>	<b>471</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>489</b>



## LISTA DE ABREVIATURAS

A continuación se relacionan las abreviaturas más utilizadas en el presente trabajo:

AA.VV.	Autores varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
<i>ad. ex.</i>	<i>ad exemplum</i> (por ejemplo)
AJMerc	Autor del Juzgado de lo Mercantil
AA.VV.	Autores varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
<i>CCII</i>	<i>Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza</i>
CCom	Código de Comercio
CCom de 1829	Código de Comercio de 1829
<i>cit.</i>	Obra citada
Coord.	Coordinado por
Dir.	Dirigido por
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRI	Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración,

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

<i>Infra</i>	Más abajo
<i>InsO</i>	<i>Insolvenzordnung</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEC de 1888	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1888.
LCon	Ley Concursal
LCS	Ley de Contrato de Seguro
<i>L.Fall.</i>	<i>Legge Fallimentare</i>
LH	Ley Hipotecaria
Núm.	Número
p.	página
pp.	páginas
<i>passim</i>	En varios lugares de la obra, abundantemente
PMI	<i>Piccole e medie imprese</i>
PYME	Pequeña y mediana empresa
S.A.	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.L.	Sociedad Limitada
SJPII	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
SJMerc	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

### Lista de abreviaturas

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>Supra</i>	Más arriba
ss.	siguientes
TRLCon	Texto Refundido de la Ley Concursal
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (verbigracia)
<i>Vid.</i>	<i>vide</i> (véase)
Vol.	Volumen



## INTRODUCCIÓN

El negocio jurídico de *factoring* se categoriza por la más autorizada doctrina como una de las figuras contractuales que, como otras muchas, se corresponde con la última fase de un largo proceso de especialización de los contratos mercantiles y que no está regulada específicamente en nuestro Derecho positivo<sup>1</sup>. Así, se integra dentro de la «fenomenología de la moderna contratación mercantil», la cual ha ido surgiendo fuera de los angostos confines de los textos codificados, al objeto de atender a nuevas necesidades económicas<sup>2</sup>. En concreto, surge en la práctica y Derecho americano, y se traslada al mercado europeo en la década de los sesenta<sup>3</sup>. Si bien en un primer momento el recurso a este contrato en nuestro país era limitado<sup>4</sup>, con el tiempo fue adquiriendo importancia, considerándose desde mediados de los años noventa como un instrumento idóneo para el cumplimiento de diversas finalidades jurídicas y económicas del empresario que genera créditos comerciales.

En el tráfico empresarial es práctica habitual que los empresarios concedan un plazo de pago a sus clientes<sup>5</sup>. Resulta común en empresas de determinada dimensión (fundamentalmente en pequeñas y medianas empresas – PYMES –) que las ventas de productos o prestaciones de servicios que realicen a sus clientes habituales no se cobren en el momento de efectuarlas, sino a un vencimiento posterior. Este aplazamiento provoca la necesidad de soportar los costes derivados de la gestión, cobro y

---

<sup>1</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Introducción», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 1 y 2: «Aparece, pues, el contrato de factoring como una, puede decirse que reciente, creación del tráfico económico, de los prácticos, entendiendo este término en sentido amplio, con base en el principio de autonomía de la voluntad...».

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, 2ª edición, Madrid, 1996, p. 35.

<sup>3</sup> Explica la internacionalización del *factoring* a partir de los años sesenta FOSSATI, G., y PORRO, A., *Il factoring. Aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milán, 1974, pp. 5-9.

<sup>4</sup> Sobre el volumen de crecimiento de la operación de *factoring* en las principales potencias mundiales durante la década de los ochenta, *vid.* SALINGER, F.R., *Factoring Law and Practice*, Londres, 1991, pp. 272 y 273.

<sup>5</sup> SANTANDREU MARTÍNEZ, E., SANTANDREU GRACIA, M., SANTANDREU GRACIA, P., *Confirming, Factoring y Renting*, Madrid, 2000, p. 38.

contabilización de esos créditos; el aumento del nivel de riesgo de la posible insolvencia de los deudores; y el aumento de la iliquidez en el flujo de caja de la empresa concedente de dichos aplazamientos. El contrato de *factoring* permite la continuidad de esta política de concesión de créditos, y a su vez, trasladar los riesgos y consecuencias negativas de la misma a un tercero, la entidad de *factoring*, que puede prestar los servicios de gestión, garantía y financiación de los créditos obteniendo un beneficio económico a cambio<sup>6</sup>.

Si bien hemos destacado que la operación de *factoring* resulta bastante conveniente para las pequeñas y medianas empresas, a las que les podría suponer mayores dificultades la asunción de los costes y la reducción de liquidez que provoca la política comercial de concesión de crédito, no es infrecuente que también empresas de grandes dimensiones recurran al *factoring* para beneficiarse de los servicios presentes en dicho negocio.

Los beneficios que genera el *factoring* para el empresario tiene como consecuencia que cada año se incremente el recurso a esta operación (en el año 2019 la actividad alcanzó los 96.096 millones de euros en volumen de cesiones, teniendo un crecimiento de 12,99% con respecto al año anterior<sup>7</sup>)<sup>8</sup>. Por sectores de actividad, las empresas que más recurren a *factoring* son las industrias manufactureras, el comercio, el transporte y las comunicaciones, y la construcción. Ello se debe a que la propia estructura

---

<sup>6</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, Madrid, 1990, pp. 19 y 20.

<sup>7</sup> Datos obtenidos del sitio web de la *Asociación Española de Factoring*: [https://www.factoringasociacion.com/noticias\\_detalle.php?id=1943](https://www.factoringasociacion.com/noticias_detalle.php?id=1943) – fecha de consulta: 30 de mayo de 2021 –.

<sup>8</sup> No obstante, en el año 2020, las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y de restauración (entre otras) establecidas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020), conllevó que el *factoring* registrara una caída del 7,67%, alcanzando 88.724 millones de euros en volumen de cesiones. Sin embargo, ello fue debido a la situación excepcional de la declaración de pandemia y a la paralización que provocó en la actividad económica (venta de bienes y prestación de servicios), tal y como se explica en el sitio web de la *Asociación Española de Factoring*: ([https://www.factoringasociacion.com/noticias\\_detalle.php?id=2064](https://www.factoringasociacion.com/noticias_detalle.php?id=2064)) – fecha de consulta: 30 de mayo de 2021 –), de donde se ha obtenido los datos destacados.

## Introducción

económica de este tipo de actividades se acomoda particularmente a las ventajas que proporciona este contrato<sup>9</sup>.

Introducida la figura del contrato de *factoring* y su relevancia y utilidad, especificamos que el objeto de nuestro trabajo se centra en el análisis del tratamiento concursal de dicho negocio jurídico. En concreto, nos centraremos en el concurso del cliente de *factoring*, por ser el supuesto que se da en la práctica, resultando el concurso de la sociedad de *factoring* como hipotético y residual (por su condición de entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito). Dentro de este tratamiento concursal, estudiamos los efectos del concurso sobre el contrato de *factoring* (arts. 156 a 191 del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>10</sup> – TRLCon en adelante –), el ejercicio de la acción de rescisión concursal frente al mismo (arts. 226 a 237 TRLCon) y la separación concursal de los créditos cedidos a la sociedad de *factoring* (arts. 239 y 240 TRLCon). La elección del estudio de estos aspectos se basa en la conflictividad que presentan cuando se relacionan con el contrato de *factoring*, cuestión señalada por la doctrina, que también ha destacado el interés y la relevancia en la investigación de este contenido<sup>11</sup>.

En cuanto al primero de esos aspectos, el régimen de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos (arts. 156 a 191 TRLCon) se establece en la normativa concursal una «regla de continuidad» de los mismos, tanto en la fase de convenio como en la fase de liquidación. En el primer caso, el artículo 306.3 TRLCon dispone que, declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación, seguirán siendo aplicables las normas establecidas sobre los efectos de la declaración del concurso para

---

<sup>9</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, p. 840.

<sup>10</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020).

<sup>11</sup> Entre otros, RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, 2005, p. 4338 (específicamente nota núm. 17): «Desde una perspectiva concursal, el factoring plantea tres órdenes de cuestiones de interés: la separabilidad de los créditos cedidos a la entidad de factoring, los efectos de la declaración del concurso sobre el contrato, y la revocabilidad de los actos realizados en virtud del factoring»; ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», AA.VV., *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerra), Madrid, 2009, p. 243.

la fase común<sup>12</sup>. No obstante, desde el momento en que el convenio adquiera eficacia, cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en él (art. 394.1 TRLCon)<sup>13</sup>. En el segundo caso, determina el artículo 411 TRLCon que, durante la fase de liquidación, *«seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III del Libro I de esta ley – titulado “De los efectos de la declaración de concurso” – en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo – esto es, del capítulo dedicado a los efectos de la apertura de la fase de liquidación–<sup>14</sup>»*. Debido a que este último no contiene norma alguna en materia de los efectos del concurso sobre los contratos, serán de aplicación las normas generales.

Siguiendo con los efectos del concurso sobre el contrato de *factoring*, y debido a que, como veremos, es un contrato sinalagmático, les serán de aplicación los artículos 156 a 165 TRLCon. Si bien, la existencia de distintas modalidades de *factoring* y su categorización como contrato de tracto sucesivo, serán factores a tener en cuenta para la aplicación de unos u otros preceptos de los mencionados.

En cuanto a la rescisión concursal, ésta es una manifestación del principio de universalidad establecido en el artículo 192 TRLCon, por el cual se dispone que *«la*

---

<sup>12</sup> Sobre el contenido de este precepto, tal y como determina BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Artículo 112. Efectos del auto de apertura», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, p. 2008, el mismo establece *«una regla de coordinación entre la fase común y la de convenio, que determina la continuidad durante la fase de convenio de los efectos desencadenados con la declaración de concurso. Los efectos continúan porque son necesarios para el ordenado discurrir de cualquier fase del procedimiento»*.

<sup>13</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Artículo 112. Efectos del auto de apertura», cit., pp. 2008 y 2009: *«En principio, como regla general, los efectos del concurso se extienden hasta la eficacia del convenio. En efecto, ésta pondrá fin a todos aquellos efectos que no hayan cesado con anterioridad (...). Después de ese momento, sólo subsisten algunos efectos, en los términos en que dispone la Ley – ad. ex. art. 394.2 TRLCon –»*.

<sup>14</sup> Como acertadamente especifica BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Artículo 147. Efectos generales. Remisión», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, p. 2359: *«La Ley parece partir del supuesto en que la fase de liquidación se abra de forma voluntaria, a petición del deudor, o de forma necesaria, como consecuencia de la falta de presentación de propuestas de convenio, con lo que, literalmente, “seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley”, es decir, continuarán los efectos de la declaración de concurso. No puede olvidarse, sin embargo, que la apertura de la fase de liquidación puede ser también la consecuencia del fracaso de un convenio aprobado judicialmente, que, por tanto, habrá producido efectos sobre el concursado (...) y sobre los créditos (...), y en su caso, también sobre los contratos y acciones de reintegración, que será preciso tener en cuenta»*.



## Introducción

*masa activa del concurso está constituida por la totalidad de bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración del concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento»*, constituyendo, por tanto, un sumando más para la composición de la masa activa del concurso. Relacionando la rescisión concursal con el negocio jurídico de *factoring*, se debe tener presente la disposición adicional tercera de Ley 1/1999, de 5 enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras<sup>15</sup>, cuyo apartado tercero establecía un régimen especial en caso de quiebra del cedente (cliente de *factoring*), el cual estuvo en vigor hasta su modificación por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>16</sup>; y cuyo apartado cuarto establece un régimen especial en caso de concurso del deudor cedido, excluyendo la rescisión concursal de los pagos realizados por él al cesionario (sociedad de *factoring*), si bien estableciendo determinadas excepciones. Este régimen excepcional se continúa reconociendo en la actualidad.

Al igual que la rescisión concursal, la separación concursal incide en la masa activa, contribuyendo a su delimitación. El artículo 192 TRLCon circunscribe la totalidad de los bienes y derechos al patrimonio del concursado, por lo que si se incluyen en la masa activa del concurso bienes o derechos que no pertenezcan a aquél, sus titulares pueden interponer la acción de separación concursal (art. 239 TRLCon). La relación de esta figura jurídica con el *factoring* debe tener presente las modalidades existentes, así como el apartado segundo de la ya aludida disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero, el cual determina una regla especial de oponibilidad para las cesiones de créditos empresariales a las que se refiere.

No obstante, antes del análisis de los aspectos expuestos, resulta imprescindible el estudio previo de la operación de *factoring* en sí misma considerada. Dado que dicho objeto de investigación constituye un contrato atípico, es necesario acudir a los contratos de *factoring* de la práctica actual, los cuales presentan estandarización en su

---

<sup>15</sup> Ley 1/1999, de 5 enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (BOE núm. 5, de 6 de enero de 1999).

<sup>16</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

contenido<sup>17</sup>. Así, en el presente trabajo se distinguen dos partes diferenciadas y subdivididas en capítulos: la primera parte, dedicada al contrato de *factoring*, y la segunda, dedicada al tratamiento concursal de este negocio jurídico.

En cuanto a la primera parte, se aborda en su primer capítulo el estudio de los antecedentes históricos de la operativa de *factoring*, partiendo desde su desarrollo en los Estados Unidos hasta su extensión a Europa, mediante adaptación a los distintos sistemas legislativos europeos. En el segundo capítulo se concretan los aspectos generales del contrato de *factoring*, tales como su definición, las funciones que puede cumplir y las distintas modalidades de *factoring* que se producen como consecuencia de las combinaciones de dichas funciones, la descripción de la normativa que se refiere al *factoring* en nuestro ordenamiento y la tipificación de la figura que se pretende con el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. El tercer capítulo se centra en la cesión de créditos que tiene lugar con el contrato de *factoring*, la cual presenta un marcado carácter instrumental, pudiendo insertarse en el contrato a través de diferentes fórmulas, cada una de ellas con consecuencias diversas en cuanto a la traslatividad de los créditos objeto del negocio. En el cuarto capítulo se examinan de forma pormenorizada las obligaciones de las partes del contrato – el cliente de *factoring* y la sociedad de *factoring* –. Dicho estudio resulta necesario, por no contar este negocio jurídico con una tipificación legal, lo que requiere partir de los contratos del tráfico empresarial para la especificación de las obligaciones que contrae cada parte contratante con su perfección. El quinto capítulo se dedica al arduo estudio de la naturaleza jurídica de cada una de las modalidades de *factoring*. Dado que cada modalidad produce efectos jurídicos dispares, la naturaleza jurídica se concreta de forma individualizada en relación con éstas, y no con respecto al contrato de *factoring* globalmente considerado. Las conclusiones que se extraen de dicho estudio permiten dilucidar el tratamiento de cada tipo de *factoring* en el concurso de acreedores del cliente. El capítulo sexto, último capítulo de esta parte, examina la eficacia frente a terceros de las cesiones realizadas en virtud del contrato de *factoring*. Esto es, se centra en determinar el momento en el que la cesión es oponible,

---

<sup>17</sup> A este respecto, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 25: «Si el objeto de investigación está constituido por un contrato atípico, en vez de las normas escritas hay que acudir a los contratos en sus modelos que han llegado a ser usuales». Los contratos de la práctica que han sido objeto de estudio se encuentran agrupados en el apartado «Anexo» del presente trabajo.

## Introducción

diferenciando el régimen general de oponibilidad (art. 1526 CC) con el apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, el cual establece un régimen especial de oponibilidad.

En la segunda parte del presente trabajo, se examinan las cuestiones concursales antes mencionadas, relacionándolas con el contrato de *factoring*. En concreto, el capítulo séptimo se dedica al estudio de los efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*; el capítulo octavo, al *factoring* y a la rescisión concursal; y el capítulo noveno al *factoring* y a la separación concursal.

La elección de este tema de estudio se justifica, desde el punto de vista del interés legislativo, en las dudas interpretativas que existen con relación a los preceptos del TRLCon aplicables. Sobre todo, se ha destacado por la doctrina el carácter técnico y la complejidad de la disciplina de los efectos del concurso sobre los contratos, la cual se reguló con carácter general por la Ley Concursal<sup>18</sup> (LCon en adelante), concretamente por sus artículos 61 a 70, suponiendo una novedad en nuestro Derecho, pues se colmó de esta manera el vacío general que existía en la materia en nuestro anterior Derecho de quiebra. Estos artículos 61 a 70 LCon corresponden a los artículos 156 a 191 TRLCon. En este punto, resulta obligado tener presente que está pendiente la transposición a nuestro TRLCon de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132<sup>19</sup> (DRI en adelante) cuestión a la que hace

---

<sup>18</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003).

<sup>19</sup> Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019). Sobre los objetivos fundamentales de esta Directiva, *vid.* BRENES CORTÉS, J., «Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 14, 2020 (artículo 6), p. 47.

referencia el propio preámbulo del TRLCon<sup>20</sup>. La DRI, en su artículo 7 (apartados 4 y 5), regula, como novedad, los efectos de la comunicación del inicio de las negociaciones sobre los contratos, permitiendo así adelantar en cierta forma a una fase preconcursal algunos de los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos<sup>21</sup>. En concreto, el artículo 7.4 dispone que los acreedores a los que se les aplica la suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones en un plan de reestructuración preventiva no pueden dejar en suspenso el cumplimiento de los contratos vigentes esenciales (como los contratos relativos a suministros básicos), ni resolverlos, acelerarlos o modificarlos en detrimento del deudor por las deudas que se originaron antes de dicha suspensión. El artículo 7.5 de la mencionada DRI se dirige a «desactivar» aquellas cláusulas contractuales que prevean la posibilidad de suspender, rescindir, acelerar o modificar los contratos vigentes y pendientes de ejecución por el mero motivo de una solicitud de apertura del procedimiento de reestructuración preventiva o de suspensión de ejecuciones singulares en el marco de la negociación de éstos o la apertura de aquél procedimiento o la concesión de dicha suspensión<sup>22</sup>. La transposición de la mencionada DRI deberá realizarse, según lo establecido en el artículo 34.1, el 17 de julio de 2021, si bien se determina que los Estados miembros que experimenten

---

<sup>20</sup> Concretamente, se establece en el Preámbulo (II) del TRLCon: «*La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficacia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma, reviste extraordinaria dificultad*».

<sup>21</sup> PULGAR EZQUERRA, J., «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *Diario La Ley*, núm. 9474, 2019, consultada la versión PDF en [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 10039/2019), p. 13.

<sup>22</sup> Sobre estos artículos de la DRI, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *cit.*, pp. 12 y 13, así como SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el Derecho concursal español y en la Propuesta de Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 45, 2018, consultada la versión PDF en [aranzadigital.es](http://aranzadigital.es) (BIB 2018\11648), pp. 14 y 15. En cuanto a una descripción y valoración general de la Directiva, *vid.* CARRASCO PERERA, A., «La Directiva (UE) 2019/1023 de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (I)», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo* (en línea), documento de julio de 2019, *passim* (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/07/Analisis-La-Directiva-UE-20191023-de-procedimientos-de-reestructuraci%C3%B3n-1.pdf>) – fecha de consulta: 4 de junio de 2021 –.

## Introducción

«especiales dificultades para aplicar la presente Directiva» pueden acogerse a una prórroga máxima de un año del plazo referido (art. 34.2)<sup>23</sup>. No obstante, lo expuesto no afecta al contenido de nuestro trabajo, pues, como hemos destacado, dichos efectos se refieren a la fase preconcursal.

El tratamiento concursal del contrato de *factoring* se justifica, también, desde el punto de vista doctrinal. Si bien existen excelentes y minuciosos trabajos que estudian los efectos del concurso sobre los contratos, la rescisión concursal y la separación concursal, se manifiesta una carencia en el tratamiento específico de estas disciplinas en relación con el contrato de *factoring*. Además, tanto en las cuestiones concursales destacadas como en el contrato de *factoring* en sí mismo considerado, existe disparidad de criterios en determinados aspectos, no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, en la que ha habido incluso resoluciones contradictorias sobre un mismo tema. Ello denota que existen dudas y cuestiones opacas en el objeto de nuestra investigación, las cuales trataremos de esclarecer.

Además, nuestro estudio se justifica desde el interés práctico y socio-económico. Como hemos expuesto más arriba, el recurso a la operativa de *factoring* se incrementa cada año; y, en cuanto a su tratamiento en caso de declaración de concurso del cliente de *factoring*, se debe tener en cuenta el pronóstico de aumento de los concursos de acreedores a corto-medio plazo, concretamente cuando deje de estar en vigor la moratoria concursal establecida en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>24</sup>, cuyo artículo sexto exime, hasta el 31 de diciembre de 2021, al deudor que se encuentren en estado de insolvencia del deber de solicitar la declaración de concurso, disponiendo asimismo que, hasta dicha fecha, los jueces no

---

<sup>23</sup> Tal y como señala PULGAR EZQUERRA, J., «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», cit., p. 2, la prórroga se extiende respecto de determinadas previsiones contenidas en la DRI hasta cinco y siete años después de su entrada en vigor (art. 34.1).

<sup>24</sup> Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020).

admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> El texto original de este artículo sexto establecía dicha moratoria concursal hasta el 31 de diciembre de 2020. Con la modificación por la disposición final décima, apartado tercero, del Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020), el plazo se amplió hasta el 14 de marzo de 2021. En la última modificación del artículo referido, realizada por la disposición final séptima, apartado cuarto, del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a pandemia de la COVID-19 (BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2021), la moratoria concursal se extiende hasta finales del año 2021. Sobre esta última modificación, *vid.* PALÁ LAGUNA, E., «Análisis de las modificaciones en materia concursal y societaria del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19», *Diario La Ley*, núm. 9819, 2021, consultada la versión PDF en [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 3432/2021), pp. 5 y 6. Este autor entiende que, dado que la prórroga en el tiempo del deber de solicitar la declaración de concurso no impide al deudor instar el concurso voluntario antes de llegada la fecha, esta opción *«atendidas sus circunstancias, la evolución de su situación y valorando precisamente los propios objetivos de la moratoria, pueda ser lo más prudente o aconsejable a fin de causar el menor daño o incluso salvar la empresa o unidades productivas de ella, que de otro modo, por la mera espera, podría devenir inviable»*. Bastante crítico con la posposición de la moratoria concursal hasta el 31 de diciembre de 2021 se muestra BLANCO SARALEGUI, J.M., «Daños colaterales de la moratoria concursal», *La Ley Mercantil*, núm. 79, 2021, consultada la versión PDF en [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 4943/2021), pp. 4 y ss.: *«Una moratoria concursal se justifica por razones extraordinarias. Nada que decir a las primeras medidas que se adoptaron, compatibles además con las que se dieron en países de nuestro entorno económico. Además, hay que tener presente que las primeras disposiciones tuvieron lugar en un escenario de cierre judicial total y paralización de toda la actividad judicial que no fuera urgente (...). El problema surge cuando se hace de lo extraordinario un mecanismo de negación de problemas»*.

## INTRODUZIONE

Il contratto di *factoring* è classificato dalla dottrina più autorevole come una delle figure contrattuali che, come molte altre, corrisponde all'ultima fase di un lungo processo di specializzazione dei contratti commerciali e che non è specificamente regolato nel nostro Diritto positivo<sup>26</sup>. Così, si integra nella «fenomenologia della contrattazione commerciale moderna», che è sorta fuori degli stretti confini dei testi codificati, al fine di soddisfare le nuove esigenze economiche<sup>27</sup>. In particolare, è nato nella pratica e Diritto americano, e si è trasferito al mercato europeo negli anni sessanta<sup>28</sup>. Anche se all'inizio l'uso di questo contratto in Spagna era limitato<sup>29</sup>, con il tempo, è diventato sempre più importante, e dalla metà degli anni novanta è stato considerato uno strumento adatto per l'adempimento di vari scopi legali ed economici dell'imprenditore che genera crediti commerciali.

Nei rapporti imprenditoriali è pratica comune per gli imprenditori concedere un termine di pagamento ai loro clienti<sup>30</sup>. È frequente nelle aziende di una certa dimensione (soprattutto nelle piccole e medie imprese – PMI –) che le vendite di prodotti o servizi fatte ai loro clienti abituali non vengano rimosse al momento in cui vengono effettuate, ma a una scadenza successiva. Questa dilazione comporta la necessità di sostenere i costi derivati dalla gestione, riscossione e contabilizzazione di questi crediti; l'aumento

---

<sup>26</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Introducción», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 1 y 2: «Aparece, pues, el contrato de factoring como una, puede decirse que reciente, creación del tráfico económico, de los prácticos, entendiendo este término en sentido amplio, con base en el principio de autonomía de la voluntad...».

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, 2ª edición, Madrid, 1996, p. 35.

<sup>28</sup> Spiega l'internazionalizzazione del factoring dagli anni sessanta in poi, FOSSATI, G., y PORRO, A., *Il factoring. Aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milán, 1974, pp. 5-9.

<sup>29</sup> Sul volume di crescita delle operazioni di *factoring* nelle grandi potenze mondiali durante gli anni ottanta, *vid.* SALINGER, F.R., *Factoring Law and Practice*, Londres, 1991, pp. 272 y 273.

<sup>30</sup> SANTANDREU MARTÍNEZ, E., SANTANDREU GRACIA, M., SANTANDREU GRACIA, P., *Confirming, Factoring y Renting*, Madrid, 2000, p. 38.

del livello di rischio della possibile insolvenza dei debitori; e l'aumento dell'illiquidità del flusso di cassa della società che concede tali dilazioni. Il contratto di *factoring* permette la continuità di questa politica di concessione di crediti e, allo stesso tempo, il trasferimento dei rischi e delle conseguenze negative della stessa a un terzo, l'entità di *factoring*, che può fornire i servizi di gestione, garanzia e finanziamento dei crediti ottenendo in cambio un beneficio economico<sup>31</sup>.

Anche se abbiamo sottolineato che l'operazione di *factoring* è abbastanza conveniente per le piccole e medie imprese, che possono trovare più difficile assumere i costi e la riduzione di liquidità causata dalla politica commerciale di concessione del credito, non è strano che le grandi imprese ricorrano anche al *factoring* per beneficiare dei servizi offerti da questa attività.

I benefici che il *factoring* genera per l'imprenditore hanno come conseguenza che ogni anno il ricorso a questa operazione aumenti (nel 2019 l'attività ha raggiunto 96.096 milioni di euro in volume di cessioni, con una crescita del 12,99% rispetto all'anno precedente<sup>32</sup>)<sup>33</sup>. Per settori d'attività, le imprese che ricorrono maggiormente al *factoring* sono le industrie manifatturiere, il commercio, i trasporti e le comunicazioni e il settore delle costruzioni. Ciò è dovuto al fatto che la struttura economica di questo tipo di attività è particolarmente adatta ai vantaggi offerti da questo contratto<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, Madrid, 1990, pp. 19 y 20.

<sup>32</sup> Dati ottenuti dal sito web dell'Asociación Española de Factoring: [https://www.factoringasociacion.com/noticias\\_detalle.php?id=1943](https://www.factoringasociacion.com/noticias_detalle.php?id=1943) – data di consultazione: 30 maggio 2021 –.

<sup>33</sup> Tuttavia, nel 2020, le misure di contenimento nel campo delle attività commerciali, stabilimenti e attività ricreative, attività alberghiere e di ristorazione (tra gli altri) stabilite dal Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020) ha portato che il factoring avesse una caduta del 7,67%, raggiungendo 88.724 milioni di euro in volume di cessioni. Tuttavia, questo é stato dovuto alla situazione eccezionale della dichiarazione di pandemia e al blocco che ha causato nell'attività economica (vendita di beni e fornitura di servizi), come spiegato nel sito web dell'Asociación Española de Factoring: ([https://www.factoringasociacion.com/noticias\\_detalle.php?id=2064](https://www.factoringasociacion.com/noticias_detalle.php?id=2064)) – data di consultazione: 30 maggio 2021 –), di dove sono stati ottenuti questi dati.

<sup>34</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, p. 840.



## Introduzione

Dopo aver introdotto la figura del contratto di *factoring* e la sua rilevanza e utilità, precisiamo che l'oggetto del nostro lavoro si concentra sull'analisi del trattamento concorsuale di questo contratto. In particolare, ci concentreremo sulla dichiarazione della procedura concorsuale del cliente di *factoring*, poichè questo è il caso che si verifica nella pratica, mentre la dichiarazione della procedura concorsuale della società di *factoring* è ipotetica e residuale (a causa del suo status di istituto di credito o istituto di credito finanziario). All'interno di questo trattamento concorsuale, si studiano gli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sul contratto di *factoring* (artt. da 156 a 191 del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>35</sup> – TRLCon in avanti –), l'esercizio dell'azione di rescissione concorsuale nei suoi confronti (artt. 226 a 237 TRLCon) e la domanda di rivendicazione dei crediti ceduti alla società di *factoring* (artt. 239 e 240 TRLCon). La scelta dello studio di questi aspetti si basa sulla conflittualità che essi presentano quando sono legati al contratto di *factoring*, questione segnalata dalla dottrina, che ha anche evidenziato l'interesse e la rilevanza nella ricerca di questo contenuto<sup>36</sup>.

Per quanto riguarda il primo di questi aspetti, il regime degli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sui contratti (artt. da 156 a 191 TRLCon), la normativa concorsuale stabilisce una «regola di continuità» degli stessi, sia nella fase di concordato che in quella di liquidazione. Nel primo caso, l'articolo 306.3 TRLCon prevede che, una volta dichiarata l'apertura della fase di concordato e durante il suo trattamento, continueranno ad applicarsi le norme stabilite sugli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale per la fase comune<sup>37</sup>. Tuttavia, dal momento

---

<sup>35</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020).

<sup>36</sup> Tra altri, RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, 2005, p. 4338 (especificamente nota núm. 17): «Desde una perspectiva concursal, el factoring plantea tres órdenes de cuestiones de interés: la separabilidad de los créditos cedidos a la entidad de factoring, los efectos de la declaración del concurso sobre el contrato, y la revocabilidad de los actos realizados en virtud del factoring»; ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», AA.VV., *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerro), Madrid, 2009, p. 243.

<sup>37</sup> Sul contenuto di questo precetto, tale e come determina BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Artículo 112. Efectos del auto de apertura», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, p. 2008, stabilisce «una regla de

in cui il concordato sia efficace, tutti gli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale cesseranno, essendo sostituiti da quelli che, eventualmente, sono stabiliti in esso (art. 394.1 TRLCon)<sup>38</sup>. Nel secondo caso, l'articolo 411 TRLCon stabilisce che, durante la fase di liquidazione, «le norme contenute nel Titolo III del Libro I di questa legge – intitolato "*De los efectos de la declaración de concurso*" – continueranno ad applicarsi nella misura in cui non si oppongono alle norme specifiche di questo capitolo – cioè il capitolo dedicato agli effetti dell'apertura della fase di liquidazione –<sup>39</sup>». Poiché quest'ultimo non contiene alcuna norma sugli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sui contratti, si applicheranno le norme generali.

Continuando con gli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sul contratto di *factoring*, e per il fatto che, come vedremo, si tratta di un contratto sinallagmatico, si applicheranno gli articoli da 156 a 165 del TRLCon. Tuttavia, l'esistenza di diversi tipi di *factoring* e la sua categorizzazione come contratto ad esecuzione continuata saranno fattori da prendere in considerazione per l'applicazione degli uni o degli altri precetti di quelli evidenziati.

Per quanto riguarda la rescissione concorsuale, si tratta di una manifestazione del principio di universalità stabilito nell'articolo 192 TRLCon, che stabilisce che la massa attiva della procedura concorsuale è costituita da tutti i beni e i diritti compresi nel

---

*coordinación entre la fase común y la de convenio, que determina la continuidad durante la fase de convenio de los efectos desencadenados con la declaración de concurso. Los efectos continúan porque son necesarios para el ordenado discurrir de cualquier fase del procedimiento».*

<sup>38</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Artículo 112. Efectos del auto de apertura», cit., pp. 2008 y 2009: «*En principio, como regla general, los efectos del concurso se extienden hasta la eficacia del convenio. En efecto, ésta pondrá fin a todos aquellos efectos que no hayan cesado con anterioridad (...). Después de ese momento, sólo subsisten algunos efectos, en los términos en que dispone la Ley – ad. ex. art. 394.2 TRLCon –*».

<sup>39</sup> Come giustamente specifica BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Artículo 147. Efectos generales. Remisión», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, p. 2359: «*La Ley parece partir del supuesto en que la fase de liquidación se abra de forma voluntaria, a petición del deudor, o de forma necesaria, como consecuencia de la falta de presentación de propuestas de convenio, con lo que, literalmente, "seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley", es decir, continuarán los efectos de la declaración de concurso. No puede olvidarse, sin embargo, que la apertura de la fase de liquidación puede ser también la consecuencia del fracaso de un convenio aprobado judicialmente, que, por tanto, habrá producido efectos sobre el concursado (...) y sobre los créditos (...), y en su caso, también sobre los contratos y acciones de reintegración, que será preciso tener en cuenta*».

## Introduzione

patrimonio del debitore insolvente alla data della dichiarazione della procedura concorsuale e quelli che vengono reintegrati o acquisiti fino alla conclusione della procedura, costituendo, quindi, un'ulteriore aggiunta alla composizione della massa attiva della procedura concorsuale. Relativamente alla rescissione concorsuale con il *factoring*, deve essere tenuta presente la terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras<sup>40</sup>, il cui terzo paragrafo stabiliva un regime speciale in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del cedente (cliente di *factoring*), che è rimasto in vigore fino a quando non è stato modificato dalla terza disposizione finale della la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>41</sup>; e il cui cuarto paragrafo stabilisce un regime speciale in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del debitore ceduto, escludendo la rescissione concorsuale dei pagamenti effettuati dal debitore ceduto al cessionario (società di *factoring*), pur stabilendo alcune eccezioni. Questo regime eccezionale continua ad essere riconosciuto ancora oggi.

Come la rescissione concorsuale, la domanda di rivendicazione dei diritti di crediti ha un impatto sulla massa attiva, contribuendo alla sua delimitazione. L'articolo 192 del TRLCCon limita la totalità dei beni e dei diritti al patrimonio del debitore insolvente, di modo che se sono inclusi nella massa attiva della procedura concorsuale beni o diritti che non appartengono a colui, i loro proprietari possono presentare la domanda di rivendicazione (art. 239 TRLCCon). La relazione di questa figura giuridica con il *factoring* deve tener conto delle modalità esistenti, così come il secondo comma della citata terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, che stabilisce un regime speciale di opponibilità per le cessioni di crediti di impresa a cui si riferisce.

Tuttavia, prima di analizzare gli aspetti di cui sopra, è essenziale studiare prima l'operazione di *factoring* in se stessa. Dato che questo oggetto di ricerca costituisce un contratto atipico, è necessario ricorrere ai contratti di *factoring* nella pratica corrente,

---

<sup>40</sup> Ley 1/1999, de 5 enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (BOE núm. 5, de 6 de enero de 1999).

<sup>41</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

che presentano una standardizzazione nel loro contenuto<sup>42</sup>. Così, il presente lavoro è diviso in due parti distinte e suddivise in capitoli: la prima parte, dedicata al contratto di *factoring*, e la seconda parte, dedicata al trattamento concorsuale di questo negozio giuridico.

Per quanto riguarda alla prima parte, il primo capitolo si occupa dello studio del contesto storico dell'operazione di *factoring*, partendo dal suo sviluppo negli Stati Uniti fino alla sua estensione in Europa, attraverso l'adattamento ai diversi sistemi legislativi europei. Nel secondo capitolo si concretano gli aspetti generali del contratto di *factoring*, come la sua definizione, le funzioni che può svolgere e i diversi tipi di *factoring* che si verificano come risultato delle combinazioni di tali funzioni, la descrizione delle norme che si riferiscono al *factoring* nel nostro sistema giuridico e la tipizzazione della figura che è prevista dal Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Il terzo capitolo si concentra sulla cessione dei crediti che avviene con il contratto di *factoring*, che ha un marcato carattere strumentale, e che può essere inserita nel contratto attraverso diverse formule, ognuna delle quali con diverse conseguenze in termini di trasferibilità dei crediti che sono oggetto del contratto. Il quarto capitolo esamina in dettaglio gli obblighi delle parti del contratto – il cliente di *factoring* e la società di *factoring* –. Questo studio è necessario perché questo contratto non ha una tipizzazione giuridica, quindi si richiede partire dai contratti della pratica per la specificazione degli obblighi che ogni parte contraente assume con la sua perfezione. Il quinto capitolo è dedicato all'arduo studio della natura giuridica di ogni tipo di *factoring*. Dato che ogni modalità di *factoring* produce effetti giuridici diversi, la natura giuridica è determinata individualmente in relazione a queste, e non in relazione al contratto di *factoring* in generale. Le conclusioni tratte da questa analisi permettono di chiarire il trattamento di ogni tipo di *factoring* nella procedura concorsuale del cliente. Il sesto capitolo, l'ultimo di questa parte, esamina l'efficacia nei confronti di terzi delle cessioni effettuate attraverso del contratto di *factoring*. Cioè, si concentra sulla determinazione del momento in cui la cessione è opponibile, distinguendo tra il regime

---

<sup>42</sup> A questo proposito GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 25: «Si el objeto de investigación está constituido por un contrato atípico, en vez de las normas escritas hay que acudir a los contratos en sus modelos que han llegado a ser usuales». I contratti della pratica che sono stati studiati sono raggruppati nella sezione «Anexo» del presente lavoro.

## Introduzione

generale di opponibilità (art. 1526 CC) e il secondo comma della terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, del 5 de enero, che stabilisce un regime speciale di opponibilità.

La seconda parte di questo lavoro esamina le questioni concorsuali sopra menzionate, mettendole in relazione con il contratto di *factoring*. In particolare, il settimo capitolo è dedicato allo studio degli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sul contratto di *factoring*; l'ottavo capitolo, al *factoring* e alla rescissione concorsuale; e il nono capitolo al *factoring* e alla domanda di rivendicazione dei crediti ceduti.

La scelta di questo tema di studio si giustifica, dal punto di vista dell'interesse legislativo, nei dubbi interpretativi che esistono in relazione ai precetti applicabili del TRLCon. Soprattutto, la dottrina ha evidenziato il carattere tecnico e la complessità della disciplina degli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sui contratti, che fu regolata in generale dalla Ley Concursal<sup>43</sup> (LCon in avanti), in particolare dagli i suoi articoli da 61 a 70, risultando una novità nel nostro Diritto, poiché ha riempito il vuoto generale che esisteva in questo settore nel nostro precedente Diritto Concorsuale. Questi articoli da 61 a 70 LCon corrispondono agli articoli da 156 a 191 TRLCon. A questo punto, è necessario tenere presente che è pendente il recepimento nel nostro TRLCon della Direttiva (UE) 2019/1023, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132<sup>44</sup> (DRI in avanti), questione

---

<sup>43</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003).

<sup>44</sup> Direttiva (UE) 2019/1023, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132 (DOUE num. 172, del 26 giugno 2019).

Sugli obiettivi fondamentali di questa Direttiva, *vid.* BRENES CORTÉS, J., «Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 14, 2020 (artículo 6), p. 47.

alla quale fa riferimento lo stesso preambulo del TRLCon<sup>45</sup>. La DRI, nel suo articolo 7 (paragrafi 4 e 5) regola, come novità, gli effetti della comunicazione dell'inizio delle trattative sui contratti, permettendo così di anticipare ad una fase pre-concorsuale alcuni degli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sui contratti<sup>46</sup>. In particolare, l'articolo 7.4 prevede che i creditori ai quali si applica la sospensione delle azioni esecutive individuale per promuovere le trattative sul piano di ristrutturazione preventivo non possono sospendere l'adempimento dei contratti pendenti essenziali (come i contratti di fornitura di beni o servizi essenziali) o risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo a danno del debitore, in relazione ai debiti sorti prima della sospensione, per la sola ragione di non essere stati pagati dal debitore. L'articolo 7.5 DRI mira a «disattivare» le clausole contrattuali che prevedono la possibilità del creditore di rifiutare l'adempimento, risolvere, accelerare o modificare i contratti pendenti solo a causa di una richiesta di apertura di una procedura di ristrutturazione preventiva o di sospensione delle azioni esecutive individuali o dell'apertura di tale procedura oppure della concessione di tale sospensione<sup>47</sup>. La DRI deve essere recepita entro il 17 luglio 2021, conforme all'articolo 34, paragrafo 1, anche se è previsto che gli Stati membri che incontrano *«particolari difficoltà nell'attuazione*

---

<sup>45</sup> In particolare, si stabilisce nel Preambolo (II) del TRLCon: *«La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficacia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma, reviste extraordinaria dificultad».*

<sup>46</sup> PULGAR EZQUERRA, J., «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *Diario La Ley*, núm. 9474, 2019, consultata la versione PDF su [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 10039/2019), p. 13.

<sup>47</sup> Su questi articoli della DRI, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *cit.*, pp. 12 y 13, así como SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el Derecho concursal español y en la Propuesta de Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 45, 2018, consultata la versione PDF su [aranzadigital.es](http://aranzadigital.es) (BIB 2018\11648), pp. 14 y 15. En cuanto a una descripción y valoración general de la Directiva, *vid.* CARRASCO PERERA, A., «La Directiva (UE) 2019/1023 de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (I)», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo (on line)*, documento de julio de 2019, *passim* (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/07/Analisis-La-Directiva-UE-20191023-de-procedimientos-de-reestructuraci%C3%B3n-1.pdf>) – data di consultazione: 4 giugno 2021 –.

## Introduzione

della presente direttiva» hanno la possibilità di beneficiare di una proroga di massimo un anno (articolo 34, paragrafo 2)<sup>48</sup>. Tuttavia, quanto precede non influisce sul contenuto del nostro lavoro, poiché, come abbiamo sottolineato, questi effetti si riferiscono alla fase pre-concorsuale.

Il trattamento concorsuale del contratto di *factoring* è giustificato anche da un punto di vista dottrinale. Sebbene esistano lavori eccellenti e dettagliati che studiano gli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sui contratti, la rescissione concorsuale e la domanda di rivendicazione di beni o diritti, manca una trattazione specifica di queste discipline in relazione al contratto di *factoring*. Inoltre, sia sulle questioni concorsuali evidenziate che sul contratto di *factoring* in se stesso, c'è una disparità di criteri in alcuni aspetti, non solo nella dottrina, ma anche nella giurisprudenza, in cui ci sono state addirittura sentenze contraddittorie sullo stesso argomento. Questo denota che ci sono dubbi e questioni opache nell'oggetto della nostra ricerca, che cercheremo di chiarire.

Il nostro studio, inoltre, è giustificato da un punto di vista pratico e socio-economico. Come abbiamo spiegato in precedenza, il ricorso alle operazioni di *factoring* aumenta ogni anno; e, per quanto riguarda il suo trattamento in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del cliente di *factoring*, dobbiamo tenere conto del previsto aumento delle procedure concorsuali a breve-medio termine, concretamente quando la moratoria concorsuale stabilita nella Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>49</sup> cesserà di essere in vigore, il cui il suo articolo 6, fino al 31 dicembre 2021, esonera i debitori che si trovano in stato d'insolvenza dall'obbligo di richiedere la dichiarazione della procedura concorsuale, e prevede anche che, fino a quella data, i giudici non ammetteranno al trattamento le

---

<sup>48</sup> Come sottolineato da PULGAR EZQUERRA, J., «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», cit., p. 2, la proroga si estende rispetto ad alcune disposizioni contenute nella DRI fino a cinque e sette anni dopo la sua entrata in vigore (art. 34.1).

<sup>49</sup> Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020).

domande di procedura concorsuale che sono state depositate dai creditori dal 14 marzo 2020<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Il testo originale di questo articolo sei stabiliva questa moratoria concorsuale fino al 31 dicembre 2020. Con l'emendamento dalla decima disposizione finale, paragrafo tre, del Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020), il periodo è stato prorogato fino al 14 marzo 2021. Nell'ultimo emendamento all'articolo citato, realizzato dalla settima disposizione finale, quarto paragrafo, del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a pandemia de la COVID-19 (BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2021), la moratoria concorsuale durerà fino alla fine del 2021. Su quest'ultima modifica, *vid.* PALÁ LAGUNA, E., «Análisis de las modificaciones en materia concursal y societaria del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19», *Diario La Ley*, núm. 9819, 2021, consultata la versione PDF su [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 3432/2021), pp. 5 y 6. Questo autore comprende che, dato che la proroga dell'obbligo di richiedere la dichiarazione della procedura concorsuale non impedisce al debitore di presentare la domanda d'insolvenza volontaria prima che sia arrivata la data, questa opzione «*atendidas sus circunstancias, la evolución de su situación y valorando precisamente los propios objetivos de la moratoria, pueda ser lo más prudente o aconsejable a fin de causar el menor daño o incluso salvar la empresa o unidades productivas de ella, que de otro modo, por la mera espera, podría devenir inviable*». Abbastanza critico con il rinvio della moratoria concorsuale fino al 31 dicembre 2021 è mostrato BLANCO SARALEGUI, J.M., «Daños colaterales de la moratoria concursal», *La Ley Mercantil*, núm. 79, 2021, consultata la versione PDF su [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 4943/2021), pp. 4 y ss.: «*Una moratoria concursal se justifica por razones extraordinarias. Nada que decir a las primeras medidas que se adoptaron, compatibles además con las que se dieron en países de nuestro entorno económico. Además, hay que tener presente que las primeras disposiciones tuvieron lugar en un escenario de cierre judicial total y paralización de toda la actividad judicial que no fuera urgente (...). El problema surge cuando se hace de lo extraordinario un mecanismo de negación de problemas*».



## CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 1. LOS ORÍGENES DEL FACTORING. SU DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Los orígenes del moderno *factoring* se remontan a las necesidades comerciales que surgen tras el descubrimiento de América entre Inglaterra y sus colonias establecidas al norte de este territorio<sup>51</sup>. La actividad comercial entre Inglaterra y las colonias era complicada, pues los exportadores ingleses se encontraron frente a contingencias que frenaban su expansión. Las dificultades de transporte de la época, las grandes distancias, el desconocimiento del mercado al que iban destinados sus productos, la iliquidez ocasionada por el tiempo que mediaba entre la expedición de las mercancías y el cobro efectivo del importe de su venta, etc., formaban un importante freno a la actividad exportadora. Para superarlas comenzaron a utilizar los servicios de representantes-depositarios en los lugares de destino. Éstos recibían la mercancía y se encargaban de su comercialización en el nuevo mercado, percibiendo una comisión<sup>52</sup>.

Aquellos representantes de los exportadores ingleses recibieron el nombre de «*factors*» (factores) y tenían como función la distribución de los productos de aquéllos en América. Progresivamente fueron adquiriendo funciones nuevas y complementarias a la distribución comercial, como la información sobre la evolución del mercado, la

---

<sup>51</sup> FRIGNANI, A. y ROSSI, G., «Il factoring», AA.VV., *Tratatto di diritto privato. Obbligazioni e contratti*. Tomo III (dir. Pietro Rescigno), 2ª edición, Turín, 2000, p. 54; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 3; NEELY, D., «Factoring in United States», AA.VV., *Factoring* (dir. K.F. Hagermüller, Heinrich Johannes Sommer y Ulrich Bink), Frankfurt, 1997, p. 380; DE TORRES ZAPATERA, M., «Derecho Inglés», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 48. Este último autor señala que «*los primeros operadores del factoring fueron agentes comerciales que actuaban principalmente en la costa este de los EE.UU., como agentes de empresas británicas*».

Algún autor indica que la existencia del moderno *factoring* está en la *Blackwell Hall* de Londres, que en 1397 se dedicaba a aceptar el tejido de lana en consignación para venderlo a terceras personas, pero con la particularidad de que ocasionalmente daban al fabricante una cantidad en concepto de adelanto sobre las mercancías que les había sido confiadas – HILLYER, W.H., «Four Centuries of Factoring», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 53 (2), 1939, p. 306 –.

<sup>52</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 31; ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, Nápoles, 1983, p. 4.

selección de la clientela, la garantía de la solvencia de los compradores y la concesión de anticipos sobre la mercancía confiada para la venta<sup>53</sup>. En consecuencia, el requerimiento de los servicios de los factores fue en aumento.

Para resolver de un modo equitativo las relaciones entre el factor y su cliente cuando éste solicitaba el anticipo de la venta de los bienes confiados al primero, la *Common Law* inglesa reconoció al factor un privilegio general sobre las mercancías que le eran remitidas por su cliente y que conservaba en depósito. Este privilegio, denominado «*Lien*», constituyó la primera garantía del factor por los riesgos de su actividad, convirtiéndose asimismo en el elemento impulsor de su aceptación<sup>54</sup>.

En el siglo XIX se produce un cambio debido a la expansión del mercado norteamericano. Este proceso se realiza a través de una política autárquica, como lo muestra la promulgación de importantes medidas proteccionistas de la época. Entre ellas destaca la *McKinley Tariff Act* de 1870, que gravaba fuertemente las importaciones, imponiendo graves trabas aduaneras. Esta circunstancia, ligada a la mejora de las comunicaciones y del transporte entre el continente americano y europeo, permitió a los fabricantes el desarrollo autónomo de su propia red comercial, en la cual ellos custodiaban las mercancías en sus propios almacenes, expidiéndolas directamente a sus clientes. Todo ello suscitó que el desarrollo del factor se viera gravemente entorpecido.

Sin embargo los factores supieron amoldarse a la nueva situación: abandonaron la función de distribución como depositario, intermediario o vendedor directo de las mercancías, concentrándose a partir de este momento su actuación en la investigación del mercado y su valoración, el tratamiento selectivo de la clientela, la gestión y cobro

---

<sup>53</sup> RUOZI, R. y ROSSIGNOLI, B., *Manuale del factoring*, Milán, 1985, p. 13; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 32: «Los factores, en un lapso breve de tiempo, van a superar la inicial exclusividad de su función de distribución para, como consecuencia de su conocimiento e información del mercado colonial, ir más allá siendo una especie de consejero comercial del exportador».

<sup>54</sup> BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, Milán, 2006, p. 20. Sobre este privilegio, denominado «*Lien*», destaca GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 32, que era dudoso hasta que se produjo una decisión jurisprudencial que puede considerarse como un hito fundamental en la historia del *factoring*: *Kruger versus Wilcox (1755)*, en la cual, tras el informe de varios comerciantes acerca de cuál era la práctica mercantil, se admite expresamente que «*The factors has a lien on goods consigned to him*» (los factores tienen un gravamen sobre las mercancías consignadas).

## Capítulo primero. Antecedentes históricos

de los créditos, la anticipación del importe de las ventas y la asunción de la garantía de la solvencia de los compradores. Estas circunstancias causan la evolución del factor, el cual abandona la figura del *trade factor* para asumir la función de un *finance factor*<sup>55</sup>. Este nuevo factor ya no realiza las funciones mercantiles vinculadas al comercio internacional, sino que desarrolla sus funciones financieras sobre el mercado interno, ofreciendo sus servicios a los propios fabricantes americanos.

Los factores en esta nueva etapa se encuentran con dificultades jurídicas. Abandonada su función distribuidora, el hecho de no poder ostentar la posesión de las cosas objeto de su derecho lleva a la jurisprudencia a negar el beneficio de la garantía del «*Lien*». Por otro lado, la asunción del riesgo de insolvencia de los compradores fue entendida por el Estado de Nueva York como una actividad aseguradora y, por tanto, no ejercitable por los factores<sup>56</sup>.

Este escenario de obstáculos jurídicos se soluciona en 1911 con la *Factors' Act* del Estado de Nueva York, que establece la previsión de la garantía «*Lien*» sobre bienes materiales en favor del factor constituida mediante la publicidad, lo cual se va a generalizar en otros Estados<sup>57</sup>. Por tanto, se reconoce mediante este texto la aplicación de la garantía «*Lien*» independientemente de la posesión de la mercancía o de los documentos representativos de ésta, siempre y cuando se constituya mediante la oportuna publicidad registral. De otra parte, la *Factors' Act* de 1911 niega el carácter de distribuidor y afirma el de financiador de los factores. La reforma de la *Factors' Act*, realizada en 1931, explicitó que la garantía del «*Lien*» se constituye por la publicidad y no por la posesión.

Posteriormente, la reforma de la *Factors' Act* en 1935 admitió la posibilidad de constituir el privilegio sin necesidad del requisito de publicidad. Las posteriores

---

<sup>55</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 33; FRADEJAS RUEDA, O., «Derecho comparado», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 41.

<sup>56</sup> RUOZI, R. y ROSSIGNOLI, B., *Manuale del factoring*, cit., p. 16.

<sup>57</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 35.

reformas de 1943 y 1954 llevarán el «*Lien*» como una garantía real que abarca todo el capital circulante de la empresa cliente<sup>58</sup>.

Teniendo presentes estas normas referidas al «*Lien*» o privilegio del factor, y observando la práctica seguida por los factores en los Estados Unidos durante esa época, puede afirmarse que el contrato de *factoring* aparece configurado como aquel por el que se opera una cesión global de créditos, tanto actuales como futuros, para que el factor, cesionario de tales créditos, desarrolle una función compleja, con un marcado carácter financiero y ostentando una posición jurídica tutelada con medidas específicas<sup>59</sup>.

Con respecto a la evolución del *factoring* en el mercado norteamericano es destacable su fuerte crecimiento entre los años 1930-1935, debido a la paralización provocada por la crisis monetaria de 1931 y la bancaria de 1933<sup>60</sup>. En esta etapa se impusieron una serie de restricciones crediticias a la Banca, a las que eran ajenos los factores, por lo que la demanda de sus servicios aumentó considerablemente, otorgando a la industria la financiación que la Banca no podía prestar.

En torno al 1950 se produjo la creación por los bancos comerciales norteamericanos de departamentos de *factoring* dentro de su propia estructura organizativa<sup>61</sup>. En este contexto, el factor desarrolló un grupo de funciones próximas a la Banca que formaron el denominado *Factoring New Style*.

En resumen, en el mercado norteamericano el *factoring* ha tenido una evolución gradual. Se distingue en primer lugar el *Colonial Factoring*, mediante el cual el factor recibía y vendía la mercancía, realizando una función de distribución. En segundo lugar, el *Old Line Factoring*, en el cual el factor no distribuye sino que aparece como cesionario de los créditos surgidos en la actividad mercantil de su cliente, cumpliendo una función de gestión, financiación y asunción del riesgo de insolvencia. En tercer

---

<sup>58</sup> FRADEJAS RUEDA, O., «Derecho comparado», cit., p. 42.

<sup>59</sup> Son palabras de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 35.

<sup>60</sup> ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, cit., p. 26.

<sup>61</sup> BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 21.

lugar y último, el *New Style Factoring*, en el cual el factor desempeña las mismas operaciones que en el *Old Line Factoring* pero con arreglo a técnicas diferenciadas tendentes a satisfacer diversas exigencias, es decir, presta un complejo de servicios financieros (*undiscolsed factoring, inventory financing...*)<sup>62</sup>.

## 2. LA EXTENSIÓN DEL *FACTORING* DE ESTADOS UNIDOS A EUROPA. SU EXPANSIÓN EN EL MERCADO EUROPEO

El ingreso de la Banca en las actividades *factoring* es considerado como el momento de su renacimiento en cuanto a su desarrollo cuantitativo y a su diversificación sectorial. La Banca comercial estadounidense, así como los principales factores, intentaron expandir el *factoring* en el mercado europeo a través de la constitución de sociedades filiales. Esta iniciativa la lleva a cabo la colaboración establecida en los años sesenta entre la *First National Bank of Boston*, el *Commercial Bank de Samuelson and Co.* de Londres y la *Confirming House de Tozer, Kernsley and Milbourn LTD* de Londres, que formaron un *holding* suizo – *International Factors A.G.* – con la finalidad de constituir una cadena de sociedades *factoring* en Europa<sup>63</sup>.

Sin embargo, este proyecto no tuvo en su inicio el resultado esperado, a pesar del considerable empeño de medios y la perfecta organización de los factores americanos. Las razones de ese fracaso inicial fueron múltiples<sup>64</sup>. En primer lugar, la Banca europea se mostraba totalmente contraria a la introducción del *factoring*. En segundo lugar, en el mercado europeo, a diferencia del mercado americano, el descuento bancario y el seguro de crédito estaban muy difundidos, atendándose a través de ellos, al menos de un modo parcial, los problemas que el *factoring* solucionaba<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 36; ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, cit., p. 17.

<sup>63</sup> RUOZI, R. y ROSSIGNOLI, B., *Manuale del factoring*, cit., p. 19.

<sup>64</sup> Estas razones las enumera ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, cit., p. 34.

<sup>65</sup> Así, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 41. Destacando particularmente que el descuento bancario estaba muy difundido en Francia y que ello justificó que el *factoring* se instalase a través del comercio exterior y no a través del mercado financiero, como aconteció

También existieron dificultades jurídicas. El *factoring* carecía totalmente de leyes que lo regularan, por lo que se debió adaptar a las diferentes estructuras legislativas de cada país. En este sentido, como hemos destacado más arriba, en el Derecho americano se admitía una garantía específica en favor del factor denominada *Lien* sin que fuese necesaria la posesión de la mercancía y sin especiales requisitos de publicidad (esto último fue consecuencia de la reforma de 1935 de la *Factors Act*). Sin embargo, en Europa, tal garantía fue considerada contraria al orden público, debido a la exigencia de publicidad y a la prohibición del pacto comisorio, por lo que se estableció su prohibición. Así, las sociedades de *factoring* actuaban en el mercado europeo con una importante limitación, ya que no gozaban de garantías específicas que protegiesen sus intereses<sup>66</sup>.

Otro notable obstáculo a la difusión del *factoring* fue el carácter reservado de la clientela europea. Mientras que los estadounidenses estaban dispuestos a proporcionar todos los datos requeridos, ya fuesen relativos a su empresa y a la situación financiera de ésta como los relativos a sus deudores, los clientes europeos se mostraron reticentes a dar este tipo de información a las sociedades de *factoring*, considerándolas como una especie de «intruso» en las relaciones con sus deudores. En consecuencia, las entidades de *factoring* americanas contaban con una valiosa información para la prestación de sus servicios, otorgándoles a sus clientes una mejor asistencia, elemento del que carecían las entidades de *factoring* europeas. Con respecto al tema de la percepción de la actividad de *factoring* por la sociedad, se mostraba en esta época un cierto temor, ya que algunas empresas vetaban en las condiciones de sus contratos la cesión de sus créditos por parte de sus proveedores/suministradores, con el objeto de que no fueran transmitidos a una entidad de *factoring*.

En cuanto a cuestiones de carácter administrativo también se encontraron los factores americanos con inconvenientes, como la necesidad de obtener las precisas

---

en Estados Unidos, PULGAR EZQUERRA, J., «Derecho Francés», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 138.

<sup>66</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 41.

autorizaciones para el ejercicio de la actividad, el control gubernativo existente, así como la forma mediante la que debían ejercitar la actividad.

A pesar del conjunto de contingencias señaladas, los factores superaron todas las dificultades. Empezó a existir demanda de la actividad *factoring*, lográndose su difusión con un considerable éxito, causando el aumento del número de sociedades operantes en el sector. Destacamos que la institución que se traslada a Europa es el *Old Line Factoring*.

### 3. LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO *FACTORING* A LOS DISTINTOS SISTEMAS LEGISLATIVOS EUROPEOS

Como es sabido, uno de los problemas del *factoring* en su expansión a Europa en los años sesenta es que tuvo que adaptarse a las distintas estructuras legislativas de cada país, al carecer de una regulación específica.

El instrumento con el que opera el contrato *factoring* es la cesión de créditos<sup>67</sup>. El recurso a la figura de la cesión por parte del *factoring* presenta un marcado carácter instrumental, en el sentido de que la misma se limita a proporcionar la estructura jurídica necesaria para encauzar la transmisión de los créditos que caracteriza a esta actividad y a la que se vincula el cumplimiento de las distintas funciones ofrecidas por la sociedad de *factoring*<sup>68</sup>. Esta opción de la cesión de créditos como elemento

---

<sup>67</sup> Es necesario destacar que en el sistema *Common Law* estuvo vigente el principio de la incedibilidad del crédito como consecuencia del carácter personal del mismo. Este principio se supera en el Derecho inglés de forma progresiva, a través de unas reglas establecidas por los *Tribunales de Equity*, las cuales quedan reconocidas finalmente en la legislación. En Estados Unidos (sistema de *Common Law*) la evolución de la institución de la cesión de créditos es similar a la inglesa. Se establece primariamente por la jurisprudencia que los créditos pueden ser cedidos y más tarde se establece en los textos legales (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 28).

En cuanto a España, se destaca que hasta el siglo XIX existió un principio de intransmisibilidad de los créditos, que procedía del Derecho Romano y que se basaba en la consideración de los créditos como vínculos inalterables entre los sujetos originarios de la relación (GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 62). Sobre la evolución de la institución de la cesión de créditos desde el Derecho Romano hasta el siglo XX, *vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La cesión de créditos*, Valencia, 1993, pp. 21 y ss.

<sup>68</sup> Así se establece por GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 60.

vertebrador del contrato se explica, por una parte, por el propósito de los operadores de asentar su actuación sobre modelos legislativamente consagrados, que permiten aminorar los caracteres novedosos del contrato, además de por la flexibilidad del instituto, que lo convierten en el mecanismo más idóneo<sup>69</sup>.

En el proceso de introducción de la actividad *factoring* en Europa se optó en la mayoría de los países del continente (entre ellos España) por este mecanismo de la cesión de créditos. Sin embargo, en el caso de Francia, se recurrió a la subrogación convencional como instrumento para conseguir la finalidad perseguida por el contrato de *factoring*<sup>70</sup>. Se prefirió esta opción por el rigor de la cesión de créditos regulada en los artículos 1.689 y siguientes del Código Civil francés, en la que se exigía notificación personal de la cesión al deudor mediante acta judicial o notarial, constituyendo este requerimiento un obstáculo para la puesta en práctica del *factoring*.

Esta solución jurídica permitió al *factoring* funcionar en el territorio francés, con algunas críticas por parte de la doctrina, que consideró la subrogación como inadecuada a la naturaleza del desenvolvimiento práctico de la actividad del *factoring*. Se destaca por algún autor<sup>71</sup> que, atendiendo a la esencia del *factoring*, la cesión de créditos es un mecanismo lógico en este ámbito, pues es una institución establecida en el ordenamiento para permitir la circulación de los créditos y su sometimiento a un verdadero tráfico jurídico, en el que destaca con claridad la consideración de los mismos como verdaderos bienes de carácter patrimonial con un preciso contenido económico.

En cuanto al caso de Bélgica, en el inicio de la implantación del *factoring*, los factores optaron por la aplicación de la normativa de giro y endoso de la factura (*endossement de la facture*), que establecía un régimen especial y exigía unos determinados requisitos, rechazándose el régimen ordinario de la cesión de créditos

---

<sup>69</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 56.

<sup>70</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 45.

<sup>71</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 59.



## Capítulo primero. Antecedentes históricos

establecido en el Código Civil<sup>72</sup>. Se realizó de esta forma porque así se conseguía la limitación de las excepciones de carácter personal que como medio de defensa podían alegar los deudores frente al factor, así como para lograr una mayor seguridad y facilidad en la transmisión<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre el tema *vid.* CALZOLAIO, E., «Il factoring in Belgio e in Italia: spunti per una comparazione», AA.VV., *Saggi di diritto commerciale europeo* (dir. Diego Corapi), Nápoles, 1995, *passim*.

<sup>73</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 46; GARCÍA MANDALONIZ, M., «La cesión de créditos en el nuevo Código Mercantil: adecuación a las exigencias de las modernas economías crediticias», AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil* (dir. María José Morillas Jarillo, María del Pilar Perales Viscasillas, Leopoldo José Porfirio Carpio), Madrid, 2015, p. 89.



## **CAPÍTULO SEGUNDO. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE FACTORING**

### **1. DEFINICIÓN**

El *factoring* es un contrato por el cual un empresario transmite los créditos comerciales que ostenta frente a su clientela a otro empresario especializado (la sociedad de *factoring* o factor<sup>74</sup>) que se compromete, a cambio de una remuneración, a prestar una serie de servicios respecto de los mismos. En concreto, en cuanto a estos servicios, se destaca que el contrato de *factoring* cumple con una función administrativa o de gestión, una función de garantía y una función de financiación<sup>75</sup>. Estas prestaciones no siempre se presentan en todos los casos y pueden ser combinadas diversamente, es decir, pueden existir contratos de *factoring* en los que esté presente la función de gestión y la función de financiación, pero no la de garantía, por ejemplo.

En cuanto a la definición del contrato propuesta por la jurisprudencia destacamos la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003<sup>76</sup>. Esta sentencia califica el *factoring* como un contrato atípico, destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en variadas funciones de ésta, como son principalmente la administrativa o de gestión, la

---

<sup>74</sup> Con respecto al término «factor» en el presente trabajo no hay que confundirlo con el apoderado con poder general de un comerciante (art. 281 Código de Comercio). El profesor GARCÍA VILLAVERDE, R., «Naturaleza jurídica», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 370, considera que denominar «factor» a la sociedad de *factoring* puede conducir al equívoco de ésta con la figura destacada y establece como término más correcto el de sociedades o entidades de *factoring*. Sin embargo, todos los contratos de la práctica jurídica se refieren a la sociedad de *factoring* como factor, de forma indistinta, al igual que varios de los autores que han tratado sobre este tema (*vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., *passim*; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J.L., *El factoring: garantía de financiación, servicios*, Madrid, 1972, *passim*) e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo [*vid. ad. ex.* STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938) y STS de 6 de octubre de 2004, (RJ 2004/5986)]. Por todo ello consideramos correcto el uso del término «factor» para referirnos a la sociedad de *factoring*.

<sup>75</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 41.

<sup>76</sup> STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938).

de garantía, y la de financiación, a las que, a veces, se unen otros servicios complementarios.

En general, este contrato permite a los empresarios tener la colaboración de una empresa especializada (factor o empresa de *factoring*) que les facilite, a cambio de la correspondiente retribución, determinados servicios, dentro de una gama referida a la comercialización<sup>77</sup>.

Las partes del contrato son la empresa de *factoring* o factor, entidad de crédito en sentido estricto (banco, caja de ahorro, cooperativa de crédito) o establecimiento financiero de crédito, y el cliente cedente, que necesariamente tiene que ser un empresario que genere créditos derivados de la venta de bienes o suministros o de prestaciones de servicios, esto es, créditos derivados del ejercicio de su empresa. Los deudores cedidos no son parte del contrato de *factoring* y no lo suscriben a título alguno. Sin embargo quedan afectados por el mismo, ya que se produce la cesión de los créditos de los que ellos son deudores a un tercero, que es la sociedad de *factoring*<sup>78</sup>.

Debido a que el Código de Comercio<sup>79</sup> – en adelante CCom – no menciona el contrato de *factoring*, la mercantilidad de éste se deduce por analogía, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 2, al ser un acto de comercio de afín naturaleza a los comprendidos en el Código<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Contratos de colaboración», AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 23ª edición, Madrid, 2020 p. 514.

<sup>78</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «El factoring en la práctica. Aspectos generales», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 231.

<sup>79</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

<sup>80</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Introducción», cit., p. 11.

## 2. TERMINOLOGÍA

El término «*factoring*» indica de por sí que se trata de una operación foránea y ajena al Derecho español. Su llegada a Europa fue consecuencia de un fenómeno de difusión-exportación y, por tanto, se incorporó en los países de nuestro continente con su propia denominación anglófona<sup>81</sup>.

Se ha intentado buscar expresiones equivalentes en castellano a la noción inglesa de *factoring*, siguiendo los pasos de Francia, donde se ha optado por utilizar el término galo «*affacturage*»<sup>82</sup>. Algún autor<sup>83</sup>, en el intento de buscar un término castellano equivalente, propuso la utilización del vocablo «facturación», pero no parece plenamente satisfactorio, ya que indica más la acción de emitir facturas que las múltiples prestaciones que se recogen en el contrato de *factoring*. Otros<sup>84</sup>, para referirse a la operación *factoring* han propuesto el nombre de «factorización». En zonas de América del Sur, especialmente en México, se ha aceptado con notable éxito la expresión «factoraje»<sup>85</sup>.

En países como Italia parte de la doctrina<sup>86</sup> ha considerado el término como intraducible al italiano. Sin embargo existe un vocablo homólogo en la lengua italiana, «*fattorizzazione*»<sup>87</sup>, que ha sido utilizado por los tribunales en algunas ocasiones<sup>88</sup>. Aun

---

<sup>81</sup> BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 16.

<sup>82</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «El factoring en la práctica. Aspectos generales», cit., p. 239.

<sup>83</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J., «El contrato de factoring en el Convenio Internacional de 1988», AA.VV., *Jornadas sobre factoring*, Madrid, 1992, p. 19.

<sup>84</sup> ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, Madrid, 1977, p. 50; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J.L., *El factoring: Garantía, financiación, servicios*, cit., p. 12.

<sup>85</sup> Emplea el término «factoraje» el autor mexicano LEÓN ISLAS, O., «Instituciones de respaldo financiero para las empresas», *Comercio Exterior*, Vol. 55, núm. 11, 2005, pp. 960 y ss.; así como AMORÍN PISA, M. y PÍRIZ ESPINOSA, J., «El contrato de factoring (o factoraje) en el derecho uruguayo», *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 2, 2005, *passim*.

<sup>86</sup> POLLI, C., «Le origini del factoring», AA.VV., *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia* (dir. Alessandro Munari), Milán, 1988, p. 113; ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, cit., p. 4.

<sup>87</sup> Utiliza este término en diversas ocasiones DE NOVA, G. «Il factoring a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52», AA.VV., *Factoring e cessione dei crediti. Dieci anni dopo la legge 52* (dir.

así, se sigue recurriendo a la expresión «*factoring*», ya que la doctrina determina que la circulación internacional de este modelo contractual requiere que tenga un nombre reconocible en el exterior<sup>89</sup>.

Volviendo al caso español, se utiliza prevalentemente el vocablo «*factoring*», tanto en las leyes que hacen referencia a esta operación<sup>90</sup>, como por la doctrina y la jurisprudencia. Aparte de que es difícilmente sustituible por expresiones propias, la realidad económica obliga a utilizar el término inglés en esta operación debido a que tiene un fuerte componente internacional<sup>91</sup>.

### **3. FUNCIONES DEL CONTRATO DE *FACTORING***

Como hemos destacado, el contrato *factoring* cumple variadas funciones, como son la administrativa o de gestión, la de garantía y la de financiación, que no siempre se presentan en la misma medida y que pueden ser objeto de diversas combinaciones. Incluso puede incluir, además de estos servicios, otras prestaciones complementarias a cargo de la entidad de *factoring*.

#### **3.1. Función administrativa o de gestión**

Esta función abarca el desempeño por parte de la sociedad de *factoring* de todas las operaciones relacionadas con el cobro del crédito, además de su contabilización. Es

---

Giorgio Burchi y Alessandro Carretta), Roma, 2001, pp. 3 y 4. Sin embargo, el autor CLARIZIA, R., «Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza», *Europa e Diritto Privato*, Fascicolo 3, 2000, Milán, p. 853, considera el término «*fattorizzazione*» como «poco elegante»: «*fattorizzazione non è certo un termine elegante*».

<sup>88</sup> Sentenza del Tribunale di Milano, del 6 dicembre 1982, *Banca, borsa e titoli di crédito*, tomo II, 1983, p. 459; Sentenza del Tribunale di Torino, del 9 settembre 2004, *Il fallimento*, tomo I, 2005, p. 644.

<sup>89</sup> BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 18.

<sup>90</sup> Únicamente en el punto segundo del Anexo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014) se hace referencia al *factoring* como «*factorización*». Creemos que, debido a que esta Ley transpone la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (DOUE núm. 176, de 27 de junio de 2013) y en ella aparece aquel término, se ha añadido tal cual, sin modificación alguna.

<sup>91</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «El factoring en la práctica. Aspectos generales», cit., p. 239.

## Capítulo segundo. Aspectos generales del contrato de *factoring*

decir, la sociedad de *factoring* se encarga de la gestión del cobro de los créditos que le han sido transmitidos, tarea que conlleva el requerimiento a los deudores, la liquidación de las cuentas, etc., permitiendo al empresario-cliente prescindir de los concretos medios y de los gastos administrativos que requiere esta actividad<sup>92</sup>. De esta forma, el empresario no tiene la necesidad de llevar la contabilidad detallada de sus deudores, pudiendo esto sustituirse por una única cuenta en la que se limite a registrar la relación con la entidad de *factoring*. A esta ventaja se le suman otras, como la calidad del servicio que presta el factor, ya que es una sociedad especializada que dispone de mayor información y rigor al realizar esta actividad de gestión.

Es importante recalcar que, con la prestación de este servicio el factor actúa gestionando un interés de su cliente pero también gestiona su propio interés, ya que a través del contrato de *factoring* se le transmite la titularidad de los créditos objeto del mismo (salvo en el caso del *factoring* en comisión de cobranza)<sup>93</sup>. Por tanto, tal servicio de gestión, que como hemos señalado consiste en el cobro y contabilización de los créditos cedidos, implica una interferencia de intereses en cuanto a su ejecución: el del titular de los créditos (factor) y el de su antiguo titular (empresario-cliente), debido a que ambos están interesados en el buen fin de estas operaciones de gestión. Esta interferencia de intereses modula la actuación del factor, ya que esta operación de gestión o administración incide en la política comercial que lleva a cabo el empresario-cliente. De esta forma, el factor, desarrollará su actuación compatibilizando el interés del buen fin de la misma con el interés de la política comercial de su cliente para conseguir de este modo una estabilidad y continuidad en sus relaciones comerciales con los deudores<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 42; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 49.

<sup>93</sup> Cuando el *factoring* es en comisión de cobranza, sólo se presta por el factor el servicio de gestión. En este caso, lo que se produce es una mera autorización para el cobro, que no tiene aptitud causal para producir una cesión plena del derecho de crédito. Sobre el tema, *vid.* EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Aspectos jurídicos del factoring», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 40, 1990, p. 848; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 119.

<sup>94</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 49.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

Para que el factor pueda realizar esta función de gestión es necesario que el empresario-cliente le remita toda la documentación relacionada con los créditos cedidos<sup>95</sup>. Este aspecto está presente en los contratos *factoring* que se dan en la práctica, en los que en algunos se establece una cláusula por la que «*el cliente se obliga a poner a disposición del Factor, cuando lo solicite, su contabilidad y los documentos relativos a las operaciones de crédito cedidas*»<sup>96</sup>; y en otros se establece que «*llegado al vencimiento del crédito, el Factor gestionará el cobro del mismo en base a la documentación entregada en su momento por el cliente*»<sup>97</sup>. También a efectos de permitir la realización de la función por parte de la entidad de *factoring* se suele imponer al empresario-cliente la carga de notificar a los deudores la existencia del contrato *factoring*<sup>98</sup>.

Es destacable que un sector doctrinal<sup>99</sup> considera la función administrativa o de gestión como constante y esencial, que aparece necesariamente en cualquiera de las modalidades de *factoring* y está hasta tal punto implícita en el contenido esencial del contrato que incluso algunos formularios no la mencionan expresamente o lo hacen de una forma muy vaga<sup>100</sup>. Sin embargo, esto último ha sido considerado por algún autor<sup>101</sup> como falta de esencialidad de dicha función, destacándose que históricamente fue una prestación especificada comúnmente en los formularios pero que debido a un cambio progresivo en el contenido ordinario de dichos contratos la función de gestión no

---

<sup>95</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», AA.VV., *Contratos mercantiles*. Tomo II (dir. José María de la Cuesta Rute), 2ª edición. Barcelona, 2009, p. 1226.

<sup>96</sup> Estipulación 4.6 del formulario de contrato de *factoring* de BANCO PICHINCHA ESPAÑA.

<sup>97</sup> Condición general 7.5 – gestión de cobro –, del formulario de LA CAIXA.

<sup>98</sup> La condición general 7.2 – notificación de la cesión al deudor – del contrato de LA CAIXA establece que «*el cliente se obliga a notificar al deudor la existencia del presente contrato, utilizando para ello el modelo y el procedimiento indicado en cada caso por La Caixa*». Asimismo, la estipulación cuarta del contrato de BANCO PICHINCHA, determina que es obligación del cliente «*comunicar a sus clientes la cesión de sus derechos de cobro a favor del factor...*».

<sup>99</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 41; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 853; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 54.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1226.

<sup>101</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 369.



## Capítulo segundo. Aspectos generales del contrato de *factoring*

aparece especificada en muchos de ellos<sup>102</sup>. Compartimos este parecer en cuanto a la no esencialidad de la función, ya que existe una clase de *factoring* en la que el factor no realiza el servicio de gestión o administración de los créditos cedidos. Este recibe el nombre de «*non notification factoring*»<sup>103</sup>. Al respecto, destacamos que en uno de los contratos de este tipo dados en la práctica y estudiado para la investigación de esta cuestión<sup>104</sup> se establece que con respecto de los créditos cedidos «*serán las Cedentes las que realicen las gestiones de cobro de dicho crédito actuando en este caso como mandatarias de las cesionarias. Las Cedentes llevarán a cabo los servicios de cobro y administración necesarios para cobrar los créditos cedidos, tomando las medidas necesarias y precisas para obtener el cobro de los Deudores*»<sup>105</sup>.

Por tanto, se deduce que la función de gestión no es una función esencial del contrato de *factoring*. Si bien es cierto que en la gran mayoría de contratos actuales que se han estudiado aparece mencionada, aunque no de forma muy desarrollada, no debemos olvidar que la práctica de *factoring* se caracteriza por su gran flexibilidad y que según el principio de la autonomía de la voluntad pueden establecerse las cláusulas

---

<sup>102</sup> En el estudio que hemos realizado aparece, sin embargo, la función de gestión en la mayoría de los contratos de *factoring* presentes en el tráfico jurídico actual, aunque no de forma desarrollada (en el contrato de BANCO PICHINCHA se establece en la estipulación tercera: «*El Banco Pichincha asume, en virtud de este contrato, las obligaciones siguientes: contabilización y control de los derechos de crédito cedidos*» sin añadir más; en el de LA CAIXA la condición general 7.5 determina que «*la gestión del cobro y la percepción del importe del crédito serán efectuadas por La Caixa sin intervención alguna por parte del cliente...*»; y, en esa línea, el contrato de BBVA FACTORING dispone, en la estipulación séptima, que el factor se obliga a «*contabilizar los créditos cedidos por el cedente*» y a «*realizar las gestiones ordinarias de cobro frente a los deudores de los créditos cedidos*»).

<sup>103</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 57.

<sup>104</sup> Nos referimos al contrato de *factoring* sindicado de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO (entidad que fue absorbida por BANCO SANTANDER), en el que la cesión de los créditos se realiza en dos tramos (tramo A y tramo B), en los que participan dos entidades cesionarias con un determinado porcentaje de financiación. Para los créditos del «tramo A» los cedentes (dos sociedades mercantiles) no están obligados a notificar a los deudores la realización de la cesión, por lo que se trata de un *non notification factoring* que abarca los créditos cedidos en el tramo indicado. Con respecto a los créditos del «tramo B» los cedentes sí están obligados a comunicar la cesión a los deudores.

<sup>105</sup> Estipulación 7.1 del contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.

que las partes tengan por conveniente, con el límite de la ley, la moral y el orden público (art. 1255 del Código Civil<sup>106</sup> – CC en adelante –).

### **3.2. Función de garantía**

Mediante este servicio el factor asume, siempre que se cumplan unas determinadas condiciones señaladas en el contrato, las consecuencias patrimoniales negativas derivadas de la insolvencia de los deudores cuyos créditos se le transmiten<sup>107</sup>. Por tanto, esta función tiene como finalidad obtener cobertura frente a un determinado riesgo (el de insolvencia de los deudores cedidos)<sup>108</sup>.

La asunción del riesgo de insolvencia por parte del factor, en la gran mayoría de los contratos dados en la práctica, sólo cubre los casos en que ésta haya sido declarada judicialmente o, incluso, en algunos de ellos, se prevé la extensión de la cobertura cuando la insolvencia del deudor sea pública o notoria, extremo este en el que se encuentra el margen a los efectos de definir qué situaciones abarca (por ejemplo, en ocasiones se recurre a los clásicos hechos externos – cierre del establecimiento, deudor ilocalizable – y en otras ocasiones se incluyen unos supuestos más amplios – impago sin invocar excepción alguna con base en el contrato causal u otra relación entre el cliente y el deudor cedido –)<sup>109</sup>.

Para que tenga lugar esta cobertura se exigen una serie de requisitos, normalmente detallados con claridad y enumerados en los formularios (como que el empresario-cliente haya cumplido todas las estipulaciones del contrato, que no se halle vinculado

---

<sup>106</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

<sup>107</sup> Es destacable, por estar fuera de lo común en las operaciones de *factoring*, que en el contrato de PICHINCHA BANCO el factor asume el riesgo financiero de las operaciones efectuadas entre el cedente y los deudores cedidos, cubriendo incluso cualquier impago por parte de éstos (estipulación segunda). Ahora bien, la estipulación sexta aclara que, en el caso de impago del deudor cedido por causas imputables al cedente relativas a deficiencias en el suministro y mantenimiento de los servicios que le provee, el factor puede ejercitar las acciones correspondientes frente al cedente para exigir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

<sup>108</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 45.

<sup>109</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 856.

directa ni indirectamente con el deudor por razones distintas a las estrictamente mercantiles, que haya prestado al factor la colaboración necesaria para el cobro del crédito, etc.).

Esta función de garantía conlleva importantes ventajas para el empresario-cliente, pues permite que pueda beneficiarse de una mayor seguridad y continuidad en cuanto a sus ingresos y flujos financieros, ya que se excluyen los efectos perjudiciales que suponen la falta de pago de sus clientes como consecuencia de una situación de insolvencia<sup>110</sup>. Además le otorga una relevante fuente de información de la solvencia de terceros, que le permitirá una mejor selección de su clientela. Esto se debe a que la función de garantía por parte del factor se hace depender, no de la simple transmisión, sino, también, de determinadas condiciones que debe valorar. Así las cosas, por el nivel de información y de estudio del mercado que tienen las sociedades *factoring* y por los análisis de solvencia que realizan en la clientela del empresario, éste obtiene un mejor conocimiento de sus clientes y una mejor planificación y selección en sus relaciones con terceros<sup>111</sup>.

### 3.3. Función de financiación

Este servicio permite al empresario-cliente obtener anticipos del importe de los créditos cedidos al factor. La sociedad *factoring*, al determinar y valorar el riesgo de la operación, tiene como referencia no sólo la solvencia patrimonial del cedente sino también la de sus distintos deudores.

La mayoría de los contratos de *factoring* prestan esta función, que se suele recoger en los contratos como una posibilidad que tiene el empresario-cliente de solicitar anticipos sobre los créditos previamente cedidos al factor<sup>112</sup>. Es decir, suele fijarse como

---

<sup>110</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 46.

<sup>111</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 50.

<sup>112</sup> Así se establece en el contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CREDITO: «cada cedente podrá solicitar a los Cesionarios, a través del Agente, anticipos sobre el importe de los cedidos» (cláusula 4.2). Igualmente, en los contratos de LA CAIXA y BBVA FACTORING (aunque a nuestro juicio con una terminología no adecuada, ya que considera el anticipo como pago): «La Caixa podrá efectuar pagos parciales a cuenta hasta el porcentaje máximo indicado en el Anexo de Aprobación de Deudor» (cláusula número 7.4 del contrato de LA CAIXA); «el Factor, a petición del Cedente, abonará

un servicio que proporciona la entidad a su cliente, para los casos y en los momentos en que éste lo reclame. En la práctica, se trata de una prestación proporcionada generalmente y habitualmente requerida por los empresarios-clientes, quienes encuentran en ella uno de los grandes atractivos de la figura<sup>113</sup>.

El ejercicio de esta función otorga al empresario la principal ventaja de la estabilidad, pues le permite tener una fuente de recursos constante y segura. La financiación a la que puede acceder se ajusta de forma automática al nivel e intensidad con que opera en el mercado, ofreciéndole de esta forma una mayor seguridad y cobertura para emprender una posible expansión de su actividad. Además, esta financiación no exige la constitución de determinadas garantías, como ocurre en las fuentes de financiación clásicas (por ejemplo, en el contrato de préstamo). Asimismo, es posible que el empresario obtenga acudiendo al *factoring* una financiación superior a la que tendría a través de otros medios tradicionales, ya que, como ya se ha destacado, se vincula la concesión de anticipos por parte de la sociedad de *factoring* no sólo a la solvencia del empresario, sino también a la de su clientela<sup>114</sup>.

Parte de la doctrina<sup>115</sup> considera esta función de financiación como no esencial, pues a pesar de que esté presente en la mayoría de los contratos en la práctica y de que sea el principal atractivo para los empresarios a la hora de acudir al *factoring*, puede no existir. Es el caso de una tipología de *factoring* que en Estados Unidos recibe el nombre de *Maturity Factoring*, en el que no se contempla la función de financiación y se otorga

---

*en la cuenta bancaria de éste el precio de los créditos adquiridos»,* (cláusula duodécima del contrato de BBVA FACTORING). Sin embargo, peculiarmente, en el contrato de BANCO PICHINCHA aparece el anticipo de los créditos como algo automático, ya que se establece que a medida de que el factor reciba las facturas del cedente le entregará, dentro de los dos días siguientes a su recepción, el importe correspondiente de cada factura entregada (cláusula segunda).

<sup>113</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., pp. 853 y 854.

<sup>114</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de *factoring* y cesión de créditos*, cit., p. 50.

<sup>115</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1226; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de *factoring* y cesión de créditos*, cit., p. 47; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de *factoring**, cit., p. 53.

el importe de los créditos al cliente una vez que han vencido; o del *factoring* en comisión de cobranza, en el que sólo se presta el servicio de gestión o administración<sup>116</sup>.

### 3.4. Otros servicios

Además de los servicios de gestión, de garantía y de financiación es posible que se incluyan otro tipo de servicios complementarios a cargo de la sociedad de *factoring*, como estudios de mercado, informaciones comerciales, investigación y selección de clientela, formación de personal, etc. Estos servicios son de gestión comercial y están desvinculados funcionalmente de la actividad central de transmisión de créditos<sup>117</sup>.

Estas prestaciones complementarias son habituales en los contratos de *factoring* de Estados Unidos. Sin embargo, en el caso de nuestro país, al igual que en el resto de países europeos, no se suelen establecer, debido a que en Europa las operaciones de *factoring* son menos especializadas que las norteamericanas<sup>118</sup>.

## 4. FORMAS DE CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE *FACTORING*. MODALIDADES

### 4.1. Tipología del *factoring*

Como se ha destacado anteriormente, el instituto que se traslada a Europa es el *Old Line Factoring*, un tipo menos especializado que el *New Style Factoring*, que es la fórmula principalmente utilizada en Estados Unidos. En este último, el desarrollo de la actividad de *factoring* se da en una gama más amplia y compleja de servicios desarrollados por el factor (*comercial financing, equipment financing, hire purchase finance...*).

---

<sup>116</sup> Critica la consideración de la función financiera como no esencial GARCÍA VILLAVERDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 370, destacando que la anticipación del crédito ha pasado a ser el centro de construcción jurídica del contrato de *factoring*.

<sup>117</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 51; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1227.

<sup>118</sup> RUOZI, R. y ROSSIGNOLI, B., *Manuale del factoring*, cit., p. 21.

El *Old Line Factoring* consiste en un «tipo básico», del que se pueden derivar distintas posibilidades para su adecuación al caso concreto, que no son más que variaciones sobre tal modelo<sup>119</sup>. Debido a la flexibilidad y ductibilidad que presenta el contrato de *factoring*, teniendo múltiples posibilidades combinatorias, expondremos en este apartado las formas de *factoring* dentro del modelo *Old Line* que con mayor frecuencia aparecen en la práctica general.

Dentro del *Old Line Factoring* puede distinguirse entre el *Conventional Factoring* y el *Maturity Factoring*. El primero de ellos es el tipo más completo, ya que prevé por parte del factor la prestación de servicios como el de gestión, la asunción del riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos y el anticipo del importe de esos créditos. En cuanto al *Maturity Factoring*, contempla exclusivamente la oferta de los servicios no financieros de gestión del crédito y de garantía. Esto es, no existe la posibilidad de anticipo de los importes de los créditos cedidos, sino que el importe de éstos se le otorga al cliente al vencimiento medio de las facturas. Esta modalidad está dirigida a las empresas que tienen como necesidad fundamental una eficiente gestión de los créditos y la eliminación del riesgo de insolvencia de sus deudores. Se destaca que existen variaciones de estas formas de *factoring*, como el *factoring with recourse*, en el que no está presente el servicio de garantía<sup>120</sup>.

Dependiendo de la existencia o no de la notificación de la transmisión crediticia a favor del factor se distingue entre *notification factoring* y *non notification factoring*. Los contratos de *factoring* pueden establecer en sus cláusulas la obligación (normalmente por parte del cedente) de comunicar la existencia del contrato y la transmisión crediticia que conlleva a los terceros deudores de estos créditos. En el *notification factoring* se notifica la transmisión, habitualmente mediante un escrito modelo predispuesto por el propio factor. Con esta notificación, los deudores tienen conocimiento de la celebración del contrato de *factoring* y quedan vinculados con el

---

<sup>119</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 59.

<sup>120</sup> BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 23; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 58.

nuevo acreedor (el factor). Sin embargo, con la modalidad *non notification factoring* se pretende evitar que los clientes del cedente (deudores de los créditos cedidos) conozcan la celebración del contrato. De esta forma, el factor no prestará el servicio de gestión de los créditos. Esta modalidad responde a las exigencias de una empresa que no quiere renunciar a la gestión directa de sus propios créditos, a sus hábitos operativos y a la relación con su clientela<sup>121</sup>. En opinión de algún autor<sup>122</sup> los fundamentos por los que existe esta figura están motivados en razones de orden psicológico, ya que el recurrir al *factoring* puede interpretarse por los deudores cedidos como un síntoma de debilidad financiera del empresario cedente, y, por ello, se pretende mantener la existencia del contrato en «secreto».

Una ulterior distinción dentro del *Old Line Factoring*, basada según el ámbito geográfico del cedente y del deudor cedido, contrapone el *factoring* nacional o doméstico y el *factoring* internacional<sup>123</sup>. La diferencia sustancial entre estos reside en que el *factoring* internacional tiene por objeto créditos provenientes de compraventas internacionales de mercaderías (o prestación de servicios), esto es, operaciones concluidas por sujetos cuyos establecimientos se encuentran en diferentes Estados<sup>124</sup>.

#### 4.2. Las modalidades del contrato de *factoring* en España

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en España la configuración de *factoring* más difundida es el *Old Line Factoring* con la forma *Conventional*, siendo escasamente

---

<sup>121</sup> Extracto de la sentencia del Tribunal de Génova de 16 de mayo de 1994, que aparece recogida en BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 25.

<sup>122</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 57.

<sup>123</sup> BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 23.

<sup>124</sup> FLORES DOÑA, M.S., «El contrato de factoring internacional y su regulación en el Tratado Internacional UNIDROIT», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 157.

utilizado el *Maturity Factoring*, el cual parece que se ha desarrollado sobre todo en países de *Common Law*<sup>125</sup>.

En el *Conventional Factoring* se distingue entre el *factoring* sin regreso o propio (*without recourse*) y el *factoring* con regreso o impropio (*with recourse*). Estas son las dos clases fundamentales de *factoring* que la práctica española conoce, que aparecen mal denominados en los contratos como «*factoring* sin recurso» y «*factoring* con recurso», a causa de una mala traducción de las expresiones «*without recourse*» y «*with recourse*» empleadas por los norteamericanos<sup>126</sup>. Es preciso destacar también el «*factoring* en comisión de cobranza» que, como veremos, no suele darse de forma independiente.

En el *factoring* sin regreso o propio la sociedad de *factoring* asume la función administrativa o de gestión de los créditos cedidos, a la cual se unen la función de financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe y la función de garantía, por la que soporta el riesgo de insolvencia del deudor cedido, en los términos pactados, y siempre que se cumplan una serie de requisitos detallados en el contrato<sup>127</sup>. Por tanto, producida la insolvencia del deudor cedido, ésta no recae sobre el cedente sino sobre el cesionario (sociedad de *factoring*), sin que pueda reclamar a su cliente el importe de los créditos impagados por este motivo. El cliente, por tanto, ve liberada su responsabilidad como consecuencia del impago del crédito por el deudor, de forma semejante a como si se tratase de una cesión *pro soluto*, cuando aquél se produce como consecuencia de una situación de insolvencia y se hayan cumplido las circunstancias establecidas en el contrato. Esta cobertura no tiene que ser total. Se puede establecer un límite general

---

<sup>125</sup> El desarrollo del *Maturity Factoring* en los países de *Common Law* lo destacan FRIGNANI, A., y ROSSI, G., «Il factoring», cit., p. 57.

<sup>126</sup> Señala GARCÍA VILLAVARDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 373, que si la expresión «*without recourse*» se toma literalmente sin precisiones, en castellano indica la imposibilidad de acudir de nuevo a una instancia decisoria, normalmente superior a la que decidió en primer término, no teniendo esto nada que ver con el *factoring*. Explica el autor que con la expresión «*recourse*» lo que se quiere indicar, tanto en el Derecho norteamericano como en el Derecho español, es que si el cesionario no cobra del deudor cedido puede exigir el cumplimiento del transmitente del crédito en cuestión, que en castellano se denomina «regreso».

<sup>127</sup> STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938), STS de 28 de mayo de 2004, recurso núm. 2167/1998, (RJ 2004\3553).



pactado sobre la cuantía de los créditos cedibles o un límite concreto para cada deudor<sup>128</sup>.

En el *factoring* con regreso la sociedad de *factoring* asume la función administrativa o de gestión de los créditos cedidos y la función de financiación, pero no presta la función de garantía. En esta modalidad el cliente-cedente asume el buen fin del crédito cedido. Así, si en el momento del vencimiento del crédito éste no fuera satisfecho por el deudor cedido, será exigible la obligación de restitución a cargo del cliente-cedente (que consiste en restituir el importe nominal del crédito anticipado)<sup>129</sup>.

De cualquier modo el *factoring* se caracteriza en la práctica por su flexibilidad. Es posible que concurren en un mismo contrato ambas modalidades de *factoring*. En este caso, la cesión se realiza «sin regreso» hasta que el importe de los créditos alcance una determinada cantidad. Cuando se supere esa cifra, los restantes créditos se entenderán

---

<sup>128</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 323 y 324.

<sup>129</sup> En cuanto a la cuestión del contenido o importe de la obligación de restitución del cedente, muchos autores determinan que en caso de *factoring* con regreso, si se produce el impago por parte del deudor cedido, el cedente deberá devolver «la cantidad anticipada», pudiéndose entender que se refieren a la efectivamente entregada por el factor al cliente, resultante de la detracción de intereses y comisiones (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 143; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 846; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «Contrato de factoring y suspensión de pagos del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, 2006, p. 504; LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 2005, p. 69). Sobre esta cuestión, determina GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, Madrid, 1990 p. 737, que «resulta evidente que la actividad bancaria es una actividad de interposición lucrativa y que los bancos que descuentan créditos o títulos no desean, en ningún momento que, si los créditos descontados no llegan a su buen fin, se diluyan sus expectativas de ganancia, viéndose privados de la diferencia entre el importe nominal de los créditos y la cantidad a cobrar de sus cedentes». En síntesis, concluye el autor citado que el descontatario debe restituir la suma equivalente al importe nominal del título (p. 741). Así también se pronuncia LÓPEZ CERECEDA, E., «Contrato de descuento», AA.VV., *Contratos mercantiles* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1109: «El descontatario tendrá que restituir el importe íntegro del crédito descontado». Asimismo, se deduce de la STS de 21 de septiembre de 2006, (RJ 2006/6652), fundamento jurídico segundo: «En virtud del contrato de descuento el Banco descontante tiene la obligación de devolver al descontatario los títulos descontados, cuando no pudo hacer efectivo el crédito incorporado a los mismos, (...) siempre que el descontatario haya efectuado el reintegro o se haya producido el reintegro»; y de la STS 5 de octubre de 2006, recurso núm. 4553/1999, (RJ 2006/7944), Fundamento de Derecho tercero: «El derecho de reintegro del Banco descontante puede ejercitarse (...) bien judicialmente, bien extrajudicialmente, mediante el contra-asiento, cargando al librador los efectos que resultaron impagados». Ello es lo que consideramos acertado y aplicamos al *factoring* con regreso (que como más adelante se verá, tiene naturaleza de descuento – vid. *infra* apartado 5.4 del capítulo quinto –).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

adquiridos por el factor con carácter de «con regreso»<sup>130</sup>. También puede establecerse que los créditos que no cumplan los presupuestos establecidos en el contrato se cedan en comisión de cobranza, prestándose por el factor únicamente la función administrativa o de gestión, conservando el cliente la titularidad de los mismos<sup>131</sup>. En cuanto a la modalidad que tiene más presencia en la práctica de nuestro país, los mayores datos se obtienen con el contrato de *factoring* sin regreso<sup>132</sup>. Normalmente se establece en el contrato la notificación de la cesión al deudor (*notification factoring*)<sup>133</sup>.

En cuanto al *factoring* nacional e internacional, el primero de ellos es el más utilizado, con unas cifras importantes por encima del internacional<sup>134</sup>.

Resaltamos que la relación de *factoring*, en todas sus modalidades, está presidida universalmente por los denominados «principios del *factoring*» que son los siguientes<sup>135</sup>:

- Principio de exclusividad: Durante la vigencia del contrato *factoring* el cliente no puede mantener al mismo tiempo otras relaciones de *factoring*.

---

<sup>130</sup> Así se realiza, por ejemplo, en el contrato de *factoring* de BBVA FACTORING, que en su cláusula cuarta establece que «las cesiones de créditos efectuadas por el Cedente al Factor por encima del límite rotativo u ocasional se entenderán realizadas, en todo caso, en calidad de *factoring* con recurso – es decir, con regreso –».

<sup>131</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 72.

<sup>132</sup> Según los datos publicados por la Asociación Española de *Factoring* ([https://www.factoringasociacion.com/noticias\\_detalle.php?id=2064](https://www.factoringasociacion.com/noticias_detalle.php?id=2064) – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –), en cuanto al *factoring* sin regreso el total de las cesiones realizadas alcanzó 45.745 millones de euros en 2020, frente al *factoring* con regreso, con 21.183 millones de euros.

<sup>133</sup> De los contratos utilizados para el estudio de la cuestión, todos establecen esta cláusula de notificación de la cesión al deudor, excepto el de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, que no requiere notificación para los créditos cedidos en el «tramo A», por lo que en este tramo específico nos encontramos con un «*non notification factoring*».

<sup>134</sup> Con respecto al *factoring* nacional el total de las cesiones realizadas en 2020 alcanzó la cifra de 66.928 millones de euros, frente al *factoring* internacional, con 21.796 millones de euros, según datos de la Asociación Española de *Factoring* ([https://www.factoringasociacion.com/noticias\\_detalle.php?id=2064](https://www.factoringasociacion.com/noticias_detalle.php?id=2064) – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –).

<sup>135</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «El *factoring* en la práctica. Aspectos generales», cit., p. 240; COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Derecho Italiano», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 106.

- Principio de globalidad: Consiste en la obligación por parte del cliente de ceder al factor todos los créditos que se originen en su actividad empresarial. Sin embargo, en la práctica no es eso lo que ocurre, quedando la globalidad limitada, ya que de lo contrario el factor asumiría un excesivo nivel de riesgos, aparte de que la operación resultaría un tanto compleja. Por tanto, la globalidad de lo transmitido queda reducida a un deudor o a un grupo de deudores que ha aceptado previamente el factor tras la realización de un estudio previo, lo que la doctrina ha denominado «globalidad subjetiva o circunscrita»<sup>136</sup>.
- Principio de buena fe: debido a la relación de confianza que se crea al poner el cliente a disposición del factor toda su contabilidad, sus planes de gestión, de expansión, etc., existe una relación de especial secreto profesional (o bancario) para la compañía de *factoring*, cuya trasgresión daría lugar a la posibilidad de exigir compensaciones de daños y perjuicios.

## 5. DESARROLLO NORMATIVO DEL *FACTORING*

### 5.1. El carácter atípico de la figura

El *factoring* se puede calificar como una nueva figura contractual que, como otras muchas, se corresponde con la última fase de un largo proceso de especialización de los contratos mercantiles<sup>137</sup>. No está regulado específicamente en nuestro Derecho positivo esto es, se trata de una figura atípica cuyos efectos vienen determinados por lo pactado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del CC<sup>138</sup>. Como es sabido, la atipicidad nos enfrenta con un problema de aplicación normativa: la solución de las cuestiones no previstas por la voluntad de las partes, cuando no existe un tipo legal que nos dé la respuesta adecuada a las mismas. Sin

---

<sup>136</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 55; COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Derecho Italiano», cit., p. 106.

Sobre la globalidad «subjetiva o circunscrita» *vid.* ALESSI, R. y MODICA, L., «La cessione dei crediti di impresa e il factoring», AA.VV., *La circolazione del crédito*. Tomo I (dir. Rosalba Alessi y Vincenzo Mannino), Padova, 2008, p. 1140.

<sup>137</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Introducción», cit., p. 1.

<sup>138</sup> STS de 28 de febrero de 2003, recurso núm. 2180/1997, (RJ\2003\2723).

embargo, este problema no existe en el *factoring*, donde los clausulados generales son tan exhaustivos que difícilmente permiten la aplicación supletoria de alguna norma<sup>139</sup>. En la actividad de *factoring* puede contarse con una cierta estabilidad en su contenido, al emplearse generalizadamente formularios para su celebración (se trata de un contrato de adhesión) y ser sus condiciones más o menos uniformes dentro de la variabilidad derivada de las distintas clases de *factoring*. Se podría decir que, aunque es un contrato atípico, cuenta con una «tipicidad social», debido a la estandarización de su contenido, aunque este término no resulte del todo aconsejable<sup>140</sup>.

El hecho de que el *factoring* sea atípico no significa inexistencia absoluta de normas sobre el mismo. En nuestro ordenamiento hay normas que se refieren a esta figura. Lo que ocurre es que aquéllas no se orientan a su tipificación o a la regulación detallada de su contenido, sino hacia extremos administrativos o cuestiones particulares<sup>141</sup>.

En este sentido, el contrato de *factoring* ya fue objeto de atención en la normativa fiscal de los años sesenta. Las primeras empresas que comenzaron a realizar operaciones de *factoring* en España se encontraron con una legislación fiscal que hacía gravosa la operación, ya que había sido publicada desconociendo la figura. Fue por ello que se promulgó la Ley 48/1966, de 23 de julio<sup>142</sup>, que declaró exentos del impuesto sobre las rentas de capital los intereses que percibían las sociedades por el anticipo a los empresarios del importe de los créditos que les habían sido cedidos. Esto permitió el desarrollo en España de esta nueva actividad de *factoring*.

---

<sup>139</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1233.

<sup>140</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 840. En cuanto a la «tipicidad social», GARCÍA VILLAVERDE, R., «Introducción», cit., p. 5, indica que «*se ha criticado con razón el empleo sin ulteriores precisiones de la expresión de “tipicidad social”, dado que se presta al equívoco sobre su alcance y puede perderse de vista que la tipicidad es un concepto técnico-jurídico con consecuencias en el plano de aplicación normativa que no tiene la llamada “tipicidad social”*».

<sup>141</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 841; GARCÍA VILLAVERDE, R., «Introducción», cit., p. 1.

<sup>142</sup> Ley 48/1966, de 23 de julio, sobre modificación parcial del Régimen Local (BOE núm. 176, de 25 de julio de 1966).

## Capítulo segundo. Aspectos generales del contrato de *factoring*

Con posterioridad se publicó el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas<sup>143</sup> siendo éste el primer texto legal español en el que aparece la palabra «*factoring*» (exactamente en su artículo 22)<sup>144</sup>.

En el año 1977 se publicó el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo<sup>145</sup>, que englobaba la actividad de *factoring* entre las actividades que podían realizar las entidades de financiación, identificándola como «*el anticipo de fondos a cuenta de créditos cuya gestión de cobro se asuma*» (art. 1.1.4º). La Orden Ministerial de 19 de junio de 1979<sup>146</sup> amplía la definición anterior, estableciendo «*la gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tales créditos, así como el anticipo de fondos sobre los créditos de que resulte cesionario cualquiera que sea el documento en que se instrumenten*» señalando, asimismo, como actividades directamente derivadas de éstas «*la de investigación de mercados, llevanza de contabilidad y gestión de cuentas, información comercial y estadística y cualquiera otra similar*» (arts. 1.1.5º y 1.1.7º). La definición más completa se recoge por primera vez en la Orden Ministerial de 13 de mayo de 1981<sup>147</sup>, que con la finalidad de potenciar las operaciones de *factoring* y de mejorar su seguridad, profundiza en el tratamiento financiero de la actividad en el marco de las entidades de financiación, establece un registro administrativo independiente para las sociedades de *factoring* y realiza un tratamiento diferencial de sus aspectos operativos<sup>148</sup>. La Orden, en su artículo 1.1, establece ya una descripción detallada de la actividad de *factoring*, pues junto con la

---

<sup>143</sup> Real Decreto 2609/1981, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1981).

<sup>144</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «El *factoring* en la práctica. Aspectos generales», cit., p. 236; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 841; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1228.

<sup>145</sup> Orden por la que se desarrolla el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, sobre régimen de las Entidades de financiación (BOE núm. 45, de 22 de febrero de 1978).

<sup>146</sup> Orden de 19 de junio de 1979, por la que se modifica la de 14 de febrero de 1978 sobre régimen de Entidades de financiación (BOE núm. 156, de 30 de junio de 1979).

<sup>147</sup> Orden de 13 de mayo de 1981, sobre Entidades de financiación especializadas en operaciones «*factoring*» (BOE núm. 120, de 20 de mayo de 1981).

<sup>148</sup> Tercer párrafo del preámbulo de la Orden de 13 de mayo de 1981, sobre Entidades de financiación especializadas en operaciones «*factoring*» (BOE núm. 120, de 20 de mayo de 1981).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

realización de operaciones de gestión de los créditos y anticipo de fondos sobre los mismos prevé la asunción del riesgo de insolvencia<sup>149</sup>. Además, se amplían las actividades derivadas de las anteriores, entendiéndose por tales «*las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de las deudas, establecimiento de relaciones con otras empresas de factoring, nacionales y extranjeras, y en general la realización de operaciones de carácter similar que tiendan a favorecer la seguridad y la financiación de los créditos nacionales en el tráfico mercantil nacional e internacional*» (art. 1.2).

Con posterioridad, la Ley 3/1994, de 14 de abril de 1994<sup>150</sup>, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria<sup>151</sup> afectó al régimen administrativo de la actividad de *factoring*. Esta norma excluyó a las sociedades de *factoring* (entidades de financiación) de la categoría de las entidades de crédito, estableciendo en el apartado sexto de su disposición adicional primera que debían transformarse en establecimientos financieros de crédito<sup>152</sup> antes del 1 de enero de 1997. Más tarde, el Real Decreto Ley de 28 de diciembre de 1995<sup>153</sup> volvió a modificar la definición de entidad de crédito para dar cabida dentro de ella a los establecimientos financieros de crédito, instaurando que «*los*

---

<sup>149</sup> En concreto, establece el artículo 1.1 que «*la gestión del cobro de los créditos se podrá realizar en comisión de cobranza o en su propio nombre con asunción de los mismos*», refiriéndose esto último a la asunción del riesgo de insolvencia de los créditos cedidos.

<sup>150</sup> Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994).

<sup>151</sup> Segunda Directiva del Consejo de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (DOUE núm. 386, de 30 de diciembre de 1989).

<sup>152</sup> Los establecimientos financieros de crédito son entidades cuya existencia está prevista desde 1994 y se dedican a realizar operaciones de crédito en un ámbito muy específico: leasing, *factoring*, crédito al consumo, crédito hipotecario, tarjetas, avales... Su régimen normativo está recogido en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015). En él se establecen condiciones para su creación similares a las de los bancos, aunque con exigencias de capital inferiores. Definición recogida en el Portal web del Banco de España (<https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/entidades/guia-textual/tiposentidadesso/Establecimientos-financieros-de-credito.html> – fecha de consulta: 8 de octubre de 2020 –).

<sup>153</sup> Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1995).

*establecimientos financieros de crédito regulados por la disposición adicional primera de la Ley 3/1994 tendrán la consideración de entidades de crédito, aunque no les serán aplicable la legislación sobre garantía de depósitos»* (apartado cuarto de la disposición adicional séptima)<sup>154</sup>. Dicha exclusión legislativa se explica porque los establecimientos financieros de crédito tienen vedado captar depósitos del público.

En la época actual los establecimientos financieros de crédito han perdido su condición de entidades de crédito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial<sup>155</sup> (además, la citada Ley ha derogado la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril). El Título II de esta Ley 5/2015, de 27 de abril, determina el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, estando desarrollado y concretado por el Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero<sup>156</sup>.

Ulteriormente la Ley 1/1999, de 5 enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, estableció en su disposición adicional tercera el «régimen de determinadas cesiones de crédito» pensando – como se reconoce en su exposición de motivos – en las propias del contrato *factoring*. Siguiendo el ejemplo italiano de la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*<sup>157</sup>, el legislador español se limitó a regular puntualmente algunos aspectos fundamentales de la cesión de crédito

---

<sup>154</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1229; ALONSO LEDESMA, C., «Elementos personales: el factor», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 255.

<sup>155</sup> Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

Destaca esta cuestión PULIDO BEGINES, J.L., «Los contratos bancarios», AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 23ª edición, Madrid, 2020, pp. 578 y 579.

<sup>156</sup> Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2020).

<sup>157</sup> *Legge 21 febbraio 1991, numero 52 di Disciplina della cessione dei crediti di impresa* (*Gazzetta Ufficiale* num. 47, del 25 febbraio 1991).

empresarial, clarificando los aspectos más controvertidos en la práctica<sup>158</sup>. Ello era necesario, ya que no resultaba suficiente la regulación de las cesiones de crédito contenida tanto en el CC como en el CCom, las cuales suponen una cesión de crédito aislada y están referidas a un crédito plenamente existente al momento de la cesión, lo que no concuerda en absoluto con la operativa del *factoring*, que implica tanto la cesión de créditos en masa como la cesión de créditos futuros<sup>159</sup>.

La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, está aún en vigor: se estableció así por la disposición adicional segunda LCon<sup>160</sup>, sustituida por el artículo 578 TRLCon, que en su apartado 2.4º declara su vigencia. Asimismo, es importante destacar que a pesar de que la Ley 1/1999, de 5 de enero se derogó en el año 2005 por la disposición derogatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre<sup>161</sup>, ésta declaró la vigencia de la referida disposición adicional tercera: «*Queda derogada la Ley 1/1999,*

---

<sup>158</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1230. Compartimos la crítica que el autor realiza en relación con la regulación del «*régimen de determinadas cesiones de crédito*» mediante una disposición adicional de una Ley nada relacionada con la materia afectada. Indica que ello provoca un caos que conlleva a una falta de seguridad jurídica y de clarificación del régimen jurídico aplicable, creando confusión. En el mismo sentido, GARCÍA SOLÉ, F., «La reciente normativa sobre el *factoring*», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 1999, p. 1649, así como ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, Madrid, 2000, p. 11. También GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 33, 2000, p. 21, vierte duras críticas sobre la inserción de la disposición adicional tercera en una Ley que nada tiene que ver con ella, manifestando que «*lo lógico hubiera sido utilizar dos leyes distintas para regular dos materias distintas, como se ha hecho, por ejemplo, en Italia o en Portugal*». Añade el autor que «*lo que no tiene sentido es esconder una normativa sobre el *factoring* en una disposición adicional de una Ley que se refiere a las Entidades de Capital- Riesgo*», describiendo tal situación como un «*caos en nuestro ordenamiento*».

<sup>159</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «Anexo. Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito», AA.VV., *El contrato de *factoring** (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 596.

<sup>160</sup> El apartado tercero de la disposición adicional segunda de la LCon (añadido por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre) aclara que las normas financieras especiales que dicha disposición declara en vigor – entre las que se encuentra la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero – son aplicables a los supuestos en los que el cedente o el deudor cedido sea declarado en concurso, y no sólo, como preveía la primera redacción de la Ley Concursal, en el caso del concurso de la entidad financiera (lo que, con respecto a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, carecería de sentido, como afirma RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*», cit., p. 4344). *Vid.* también ESPÍN GUTIÉRREZ, C., «Disposición adicional segunda. Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, pp. 3041 y 3042.

<sup>161</sup> Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2005).



## Capítulo segundo. Aspectos generales del contrato de *factoring*

de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, a excepción de las disposiciones adicionales tercera y cuarta». Dicha disposición adicional tercera fue modificada por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de Contratos de Sector Público<sup>162</sup>.

El apartado primero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, determina su ámbito de aplicación: se aplica a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración Pública:

1º) Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.

2º) Que el cesionario sea una entidad de crédito o un fondo de titulización<sup>163</sup>.

3º) Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha de contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el 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.

4º) Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.

5º) Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha

---

<sup>162</sup> La disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, dio una nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, en la que incluyó en su ámbito de aplicación los supuestos en los que los créditos objeto de cesión tuviesen como deudor a una Administración Pública, ya que antes se contemplaba la exclusión de aquéllos. También incorporó en su ámbito de aplicación el supuesto en el que el cesionario sea un fondo de titulización. Además, adaptó su regulación a la Ley Concursal, eliminándose las referencias al artículo 878 del CCom, que regulaba la retroacción de la quiebra. Sobre el tema, *vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1231.

<sup>163</sup> En este punto cabe hacer una apreciación: tal y como señalamos en el apartado 1 de este capítulo segundo, las sociedades de *factoring* pueden ser entidades de crédito o establecimientos financieros de crédito. Con respecto a ello debemos precisar que, si bien los establecimientos financieros de crédito eran considerados entidades de crédito, en 2015 perdieron dicha condición. Por tanto, a partir de ese momento, si nos ceñimos al tenor literal del precepto, sólo cumplirá este requisito las sociedades de *factoring* que sean entidades de crédito.

abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.

El régimen que establece la disposición se aplica al *factoring* sin regreso y con regreso, excluyendo el apartado 1.5º su aplicación al *factoring* en comisión de cobranza<sup>164</sup>. Se trata de una norma bastante importante en el ámbito que tratamos y a la que nos referiremos a lo largo de este trabajo. La doctrina aclara que debido a que la delimitación de su ámbito de aplicación se realiza en términos generales, también se podría aplicar a otras cesiones de créditos distintas a las propias del contrato de *factoring*, siempre que se cumplan todos los requisitos establecidos<sup>165</sup>.

En nuestra opinión, el legislador actuó con acierto al abordar en esta disposición únicamente los aspectos que se revelaban problemáticos para el *factoring*, ya que no sería correcta una tipificación de la figura, pues supondría una rigidez que no conviene a su función y desarrollo<sup>166</sup>. Algún autor<sup>167</sup> indica como «*claramente descartable*» la posibilidad de establecer una regulación completa y exhaustiva del contrato de *factoring*, que incluya una disciplina orgánica del mismo y que se ocupe en conjunto y con ánimo exhaustivo de todo lo relativo a su contenido y desenvolvimiento, ya que podría causar una «*petrificación*» de la operación, originada en el tráfico mercantil y especialmente sensible a los intereses y a las necesidades de la práctica.

Es necesario también destacar en este apartado la Convención de *UNIDROIT* sobre *factoring* internacional, aprobado en Ottawa (Canadá) en 1988<sup>168</sup>, del que fue firmante, de entre más de cincuenta países, España, aunque aún no lo ha ratificado. Este Convenio

---

<sup>164</sup> *Vid. infra* apartado 5.1 del capítulo quinto.

<sup>165</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 73; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al *factoring*», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 84, 2001, p. 186.

<sup>166</sup> COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Derecho Italiano», cit., p. 99.

<sup>167</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 223.

<sup>168</sup> El texto de la Convención traducido al castellano se puede consultar en: <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1988factoring-convention-sp.pdf> – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –.

tuvo como objetivo adoptar reglas uniformes sobre un régimen jurídico que facilitara el *factoring* internacional y que asegurara el equilibrio de intereses correspondientes a las partes que intervienen en una operación de *factoring*, así como facilitar la transmisión y la movilización de los créditos. Aunque se refiere a las relaciones de *factoring* con un componente internacional, debe reconocérsele una especial importancia, ya que, a nuestro parecer, contribuyó a la regulación de los aspectos más controvertidos del *factoring* en el ámbito nacional, que vemos plasmada en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero<sup>169</sup>.

También en el ámbito internacional, debemos resaltar la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001)<sup>170</sup>, que aún no ha entrado en vigor al no haber sido ratificada por cinco Estados parte (art. 45)<sup>171</sup>.

## 5.2. La tipificación del *factoring* por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil

En fecha de 30 de mayo de 2014 se aprobó por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, texto que, en principio, sustituirá al CCom de 1885 que está en vigor en la actualidad.

---

<sup>169</sup> En este sentido, destacamos las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 226, antes de promulgarse la Ley 1/1999, de 5 de enero: «Una especial importancia ha de reconocerse al convenio UNIDROIT, considerando que el mismo se propuso expresamente, no solo disciplinar las relaciones factoring con un componente internacional, sino también contribuir a una tipificación u ordenación legislativa de este contrato en el ámbito nacional». En el mismo sentido y también antes de la publicación de la Ley 1/1999, de 5 de enero, se pronunció SÁNCHEZ CALERO, F.J., «El contrato de factoring en el Convenio Internacional de 1988», cit., p. 31, estableciendo que las normas contenidas en el Convenio constituyen una base importante cuando se desee regular este contrato.

<sup>170</sup> El texto de la Convención traducido al español se puede consultar en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ctc-assignment-convention-s.pdf> – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –.

<sup>171</sup> Con relación a esta Convención, destacamos el trabajo de DE LOJENDIO OSBORNE, I.M., «Cesión de créditos e insolvencia del cedente en el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001)», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 1, Madrid, 2005, pp. 789 y ss. Para consultar la situación actual de la Convención, puede visitarse: <https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/conventions/receivables/status> – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

Debido a los cambios sucedidos tras más de 130 años desde la promulgación del vigente CCom, el Ministerio de Justicia, en el año 2006, encargó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil (Orden de 7 de noviembre de 2006<sup>172</sup>). La razón de la toma de dicha decisión fue, según la exposición de motivos del citado Anteproyecto, la inadecuación del CCom de 1885 a la realidad política y económica, que ha intentado salvarse a través de leyes: unas de modificación de su articulado (como la relativa al Registro Mercantil y la contabilidad); otras especiales, reguladoras de materias no contempladas en el mismo (como por ejemplo, la de contratación electrónica) y otras derogatorias de parte de éste (como las relativas a los seguros, a la letra de cambio y al cheque o a la suspensión de pagos y a la quiebra) que han provocado un sucesivo vaciamiento del Código. Ello ha dado lugar a la proliferación de leyes desgajadas de él, esto es, a una dispersión normativa, por la que se establece en la referida exposición de motivos la necesidad de integrarlas. A esos fines, se propone como recurso unificador el nuevo Código Mercantil, que con 1.728 artículos delimita la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula (excepto el Derecho Concursal, que continúa separado, manteniéndose su estado actual. También sucede lo mismo con el contrato de transporte, materia en la que el Anteproyecto se limita a remitirse a su legislación específica)<sup>173</sup>. Se utiliza para la sistematización del texto la numeración de los libros, títulos, capítulos, y artículos característica de la nueva codificación francesa<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil ([https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430802933-Orden\\_de\\_7\\_de\\_noviembre\\_de\\_2006\\_por\\_la\\_que\\_se\\_encarga\\_a\\_la\\_seccion\\_segunda\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430802933-Orden_de_7_de_noviembre_de_2006_por_la_que_se_encarga_a_la_seccion_segunda_de_Derecho_Mercantil_.PDF)) – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –.

<sup>173</sup> Se establece en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (núm. de expediente: 837/2014, JUSTICIA, fecha de aprobación: 29 de enero de 2015), <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837> – fecha de consulta: 8 de abril de 2021 –, con respecto a la no integración de la entonces vigente LCon en el nuevo Código Mercantil que «*la modernidad de esa legislación diferenciada – la LCon – y la diversidad de aspectos en ella incluidos (sustantivos, jurisdiccionales y procedimentales) han pesado, con toda probabilidad, en la decisión de mantener el actual estado de cosas. A ello hay que añadirse que la materia concursal deriva de unos principios y aplica unos criterios que están bien identificados y que son propios y específicos de ella*». En cuanto al mantenimiento de la legislación específica del contrato de transporte, establece que «*el Anteproyecto ha tenido probablemente en cuenta que se está ante unos tipos contractuales bien delimitados y dotados de una regulación bien conocida, a los que ese contraste con unos principios de índole general podría no tener una contribución demasiado relevante. Tampoco puede descartarse que la diversidad de competencias y regulaciones concurrentes en tales ámbitos haya aportado resistencias a*

## Capítulo segundo. Aspectos generales del contrato de *factoring*

Además, se ha optado por incluir en el nuevo Código la regulación de diversas materias que en este momento tienen carácter de atípicas. Esto último es lo que ha sucedido con diversos contratos mercantiles, entre los que se encuentran el contrato de *factoring*.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil regula el contrato de *factoring* en el Libro V, Título VII, Capítulo VII, Sección 3º, en concreto en los artículos 577-10 a 577-13. El artículo 577-10 se limita a regular su noción, estableciendo que:

*«Por el contrato de factoraje un operador de mercado, el proveedor, se obliga a ceder uno o varios créditos de los que sea o pueda ser titular en el futuro, a un empresario, el factor, que, a cambio de los intereses y comisiones que se pacten, asume respecto de los créditos cedidos, la gestión de su cobro de los créditos, pudiendo también asumir las obligaciones siguientes: a) Financiar al proveedor. b) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores.*

*Asimismo el factor podrá asumir otras obligaciones tales como la llevanza de la contabilidad, realizar estudios de mercado o investigar y seleccionar la clientela».*

Con respecto a este artículo, cabe realizar las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, no creemos que sea correcta la terminología de «factoraje». Como se expuso en su momento<sup>175</sup>, si bien en zonas de América del Sur se utiliza este término, no es así en España, donde se utiliza el vocablo «*factoring*», tanto por la doctrina y la jurisprudencia como en las leyes que hacen referencia a esta operación<sup>176</sup>. En segundo

---

*situar parte de su legislación en un instrumento normativo (el Código en materia mercantil) que, hasta el momento, era a ellos ajeno» (consideración cuarta, apartado «B»).*

<sup>174</sup> Esto significa que el número de un artículo se constituye por una primera cifra, que es la que corresponde al libro del Código en que el artículo está integrado; la segunda cifra corresponde al título y la tercera cifra constituye la mención al capítulo. Por tanto, todos los artículos de un mismo capítulo tienen el mismo número inicial, que se corresponde con el libro, título y capítulo, y a continuación su propio número.

<sup>175</sup> Concretamente, en el apartado 2 de este capítulo segundo.

<sup>176</sup> De hecho, debido a la extensión en la utilización del término «*factoring*» en nuestro país, el título de la sección que regula el instituto en el nuevo Código Mercantil establece entre paréntesis el vocablo «*factoring*» justo detrás de «factoraje», con el objetivo de identificar la operación que alude dicho

lugar, el artículo da por sentado que en el contrato de *factoring* está siempre presente la función de gestión, cuando ya hemos destacado que dicha función no es esencial del contrato y que existe una modalidad de *factoring* en la que el factor no la presta (*non notification factoring*)<sup>177</sup>. En tercer lugar, el precepto limita las funciones que puede asumir la sociedad de *factoring*, cosa que no conviene a su desarrollo, pues ello provoca la rigidez de la figura, sin que sea posible adaptarla a las necesidades que vayan surgiendo en la práctica.

Los artículos que prosiguen se refieren a las clases del contrato de *factoring* (con regreso/sin regreso – art. 577-11–), a los efectos de las cesiones de crédito provenientes del contrato (art. 577-12) y a su régimen concursal (art. 577-13, que se remite a las disposiciones generales del capítulo, las cuales tratan de las cesiones financieras de créditos).

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil se encuentra en estos momentos en fase de tramitación, desconociéndose si saldrá adelante. Por tanto, actualmente el *factoring* sigue siendo un contrato atípico, pues no está regulado por nuestro actual CCom ni por ninguna otra norma de nuestro ordenamiento. En este sentido, nos reiteramos a favor de su atipicidad, ya que es una figura originada en el tráfico mercantil y se debe tener en cuenta que el mercado financiero está en continuo cambio, lo cual conlleva que, si no está tipificada, se pueda ajustar a las necesidades de la práctica.

---

término en castellano, el cual no estamos habituados a usar. Específicamente se establece de la siguiente forma: «Sección 3ª. Del contrato de factoraje (*factoring*)».

<sup>177</sup> Vid. *supra* apartado 3.1 del capítulo segundo.

## **CAPÍTULO TERCERO. LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONTRATO DE FACTORING**

### **1. LA CESIÓN DE CRÉDITOS: ASPECTOS GENERALES. LA CESIÓN COMO INSTRUMENTO**

Como destacamos más arriba<sup>178</sup>, en nuestro país (al igual que en la mayoría de los países europeos) la cesión de créditos es el mecanismo esencial para el funcionamiento del *factoring*. Dicha cesión presenta un marcado carácter instrumental, en el sentido de que la misma funciona como «*negocio-medio*», proporcionando una estructura jurídica para realizar la transmisión crediticia que se opera en el *factoring*<sup>179</sup>.

La doctrina destaca que no puede entenderse la cesión como un negocio jurídico unitario y autónomo. No es un negocio en sí mismo, sino que constituye el efecto derivado de otros negocios que tiene por objeto derechos de crédito. En nuestro Derecho se niega el carácter abstracto de la cesión de créditos, esto es, independiente de negocios de obligación causales en los que pueda fundarse<sup>180</sup>.

Hablamos de cesión de créditos cuando, por virtud de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario), la titularidad del derecho de crédito se trasmite del primero al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor. La sucesión en la posición jurídica acreedora se produce

---

<sup>178</sup> *Vid. supra* apartado tercero del capítulo primero.

<sup>179</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 132; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 65. Al carácter instrumental de la cesión en el contrato de *factoring* también se refiere PERLINGIERI, P., *Cessione dei crediti*, Bolonia, 1982, p. 57, cuando manifiesta que en el *factoring* «*l'utilizzazione della cessione assume sia una funzione strumentale ed attuativa di un regolamento giuridicamente atipico, vario e complesso, tendente a realizzare scopi prevalentemente di finanziamento e di garanzia, sia un ruolo se non sostitutivo, preminente, a causa della mancanza di migliori referenti normativi*». La expresión «*negocio-medio*» para referirse a la cesión la usa ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 80.

<sup>180</sup> Sobre el tema *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, volumen 41, núm. 4, 1988, p. 1034; DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II: Las relaciones obligatorias, 6ª edición, Madrid, 2008, p. 971.

en el instante en que se cruzan los consentimientos entre cedente y cesionario. A partir de ese momento, sólo el cesionario, y ya no el cedente, estará legitimado para realizar actos de disposición del crédito en cuestión, tanto para hacerlo valer como para su protección<sup>181</sup>.

Con carácter general, la cesión de créditos se regula en los artículos 1.526 a 1536 del CC y en los artículos 347 y 348 del CCom. Esta doble regulación – civil y mercantil – no implica una duplicidad normativa, ya que el régimen jurídico de ambos códigos coincide sustancialmente. Como ha destacado la doctrina, los artículos 347 y 348 son un remanente de la «anticipación civil» que, como en otras materias contractuales, realizó el CCom de 1829 (también llamado Código de Sainz de Andino), debido a que el CC es *lex posterior* al CCom. Al respecto, algún autor entiende que estos preceptos no existirían si la codificación civil hubiese precedido a la mercantil<sup>182</sup>. En consideración con lo expuesto, la doctrina afirma que la disciplina de los artículos 347 y 348 del CCom procede, consiguientemente, considerarla integrada en la prevista en el artículo 1.526 del CC<sup>183</sup>.

Con carácter más específico destacamos la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, disposición que se aplica a las cesiones de créditos empresariales que cumplan determinados requisitos y que ya hemos explicado en el apartado precedente, en el que señalábamos la relevancia de la misma en el ámbito del *factoring*.

---

<sup>181</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1103; AAP de Madrid de 22 de mayo de 2000, recurso núm. 1420/1997, (AC\2000\1858) – Fundamento de Derecho segundo –; STS de 18 de abril de 1997, recurso núm. 1661/1993, (RJ 1997\3245), que señala que «*quien ha transmitido un derecho no tiene ya ningún poder de disposición sobre el mismo*» (Fundamento de Derecho segundo).

<sup>182</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1080. Específicamente, el autor se refiere al artículo 347 CCom, debido a que en esas páginas realiza un análisis del mismo, pero de sus palabras entendemos que también lo extiende al artículo 348 CCom: «*Y no se olvide, en el trance de elegir de dónde extraer la estructura y régimen jurídico unitarios, que el Código Civil es lex posterior al Código de Comercio, y su regulación de la cesión de créditos es más completa en lo fundamental*» (p. 1079).

<sup>183</sup> En este sentido se pronuncia EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., en «Factoring», *Revista de Derecho Mercantil*, nº187-188, 1988, p. 64, y en «El factoring: la transmisión de los créditos», AA.VV., *Jornadas sobre factoring*, Madrid, 1992, p. 138. También PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1079.



En cuanto a la ubicación de los preceptos del CC que se dedican a regular la cesión de créditos, éstos aparecen sistematizados en el Título IV del Libro IV, dedicado al contrato de compraventa, en concreto en su Capítulo VII, bajo la rúbrica «*De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales*». A simple vista, pudiera parecer que la sistemática escogida por nuestro legislador la restringe al ámbito de la compraventa. Sin embargo, la doctrina establece de manera unánime que la cesión de créditos puede responder a muy diferentes finalidades y funciones y que los preceptos contenidos en este capítulo del CC son fácilmente aplicables a todo negocio transmisivo, o al menos a los efectuados a título oneroso<sup>184</sup>. Conforme a ello, algunos autores indican que, cuando en este Capítulo VII se utilizan los términos «venta», «vendedor» y «comprador» debemos de apreciarlos como equivalentes a «cesión», «cedente» y «cesionario»<sup>185</sup>.

En nuestro ordenamiento, la regla general en relación con los derechos de crédito es la de su transmisibilidad: el artículo 1112 CC establece que «*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a la leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*». Del inciso final del precepto se deduce que puede existir por voluntad de deudor y acreedor un *pactum de non cedendo*, por el que resulte excluida la posibilidad de transmitir mediante cesión el crédito o los créditos que se traten. En cuanto a qué sucede si el acreedor incumple este pacto, consideramos,

---

<sup>184</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1034; CUADRADO PÉREZ, C., *La cesión de créditos*, Madrid, 2014, p. 50; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos del Derecho civil: Derecho de obligaciones* (dir. José Luis Lacruz Berdejo), Tomo II, Vol. I, 5ª edición, Madrid, 2011, p. 213.

<sup>185</sup> CUADRADO PÉREZ, C., *La cesión de créditos*, cit., p. 49, que comparte las conclusiones del autor CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo tercero, Derecho de obligaciones: la obligación y el contrato en general, 17ª edición, Madrid, 2008, p. 390. Señala también CUADRADO PÉREZ, C., *La cesión de créditos*, cit., p. 50, que, en relación con la ubicación de la cesión de créditos dentro del Título IV del CC, dedicado a la compraventa, parece que el legislador pretende corregir este defecto sistemático, ya que en la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación y publicada en el año 2009, se propone una regulación de la cesión de créditos con independencia del contrato de compraventa. Su régimen se desarrolla en el Capítulo IX, titulado «*De la cesión de créditos*», dentro del Título I, destinado a las obligaciones.

siguiendo a un importante sector de la doctrina<sup>186</sup>, que dicha exclusión convencional surtirá efectos en la relación interna de las partes y que no es oponible a un tercero de buena fe<sup>187</sup>. Por tanto, en caso de que el cesionario desconociera el *pactum de non cedendo*, la cesión efectuada por el acreedor incumplidor sería plenamente válida, sin perjuicio de la indemnización que pudiera derivarse a su cargo por infringir dicho concierto contractual<sup>188</sup>. En este sentido (y resaltando la escasez de jurisprudencia sobre el tema) traemos a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de marzo de 2012<sup>189</sup>. En el caso que enjuicia la cesión tuvo por causa un contrato de descuento bancario. El titular del crédito (descontatario) cedió éste a la entidad descontante, al objeto de la obtención del anticipo del mismo, que se realiza con la detracción de los intereses estipulados hasta el momento del vencimiento. Esa cesión la hizo el cedente incumpliendo el *pactum de non cedendo* que tenía establecido con el deudor cedido. La sentencia aplica la tesis destacada, con la que mostramos conformidad, y determina que *«la prohibición o limitación a la cesión procedente de pacto contractual producirá efectos entre las partes vinculadas por dicho pacto, es decir, en la esfera interna cedente-deudor cedido, de conformidad con el artículo 1257 CC, sin que pueda oponerse al cesionario de buena fe. La consecuencia es que la cesión, frente al cesionario de buena fe, sería válida y eficaz, sin perjuicio de que el pacto que restringe la cesión pueda dar lugar a la obligación del cedente de resarcir al deudor cedido (no al cesionario, con quien no le vincula dicho pacto limitativo) los daños y perjuicios que le hayan ocasionado la cesión»*. Por tanto, estima que la cesión realizada por el cedente al cesionario es válida, porque reúne los elementos esenciales

---

<sup>186</sup> NAVARRO PÉREZ, J.L., *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, 2ª edición, Córdoba, 1998, p. 119; Díez-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 978.

<sup>187</sup> En este sentido, señalamos que el Código Civil italiano, en su artículo 1260, establece la credibilidad de los créditos y la posibilidad de acordar entre las partes un *pactum de non cedendo*, recogiendo expresamente que dicho acuerdo no será oponible al cesionario de buena fe: *«Le parti possono escludere la credibilità del crédito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione»*.

<sup>188</sup> Contra PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1097, el cual determina que, en caso de que exista un *pactum de non cedendo* y se incumpla por parte del cedente, la transferencia del crédito del cedente al cesionario no se producirá, salvo autorización del deudor. Por tanto, establece que dicha cesión será nula.

<sup>189</sup> SAP Barcelona de 29 de marzo de 2012, recurso núm. 629/2011, (AC 2012\817).

del negocio jurídico y que no puede pretenderse su nulidad como consecuencia del incumplimiento del *pactum de non cedendo*. En atención al tema objeto de estudio (*factoring*), aquélla sería la consecuencia si en un contrato de *factoring* se incumpliera por el cedente un «acuerdo de no ceder», adoptado entre éste y el deudor cedido, siempre que el cesionario (el factor) desconociera su existencia.

La heterogeneidad de los contratos en los que puede encontrarse sustentada la cesión de créditos propicia que con esta figura quepa satisfacer múltiples funciones económicas<sup>190</sup>. En el caso del *factoring*, la función que cumple es la de obtener los «servicios de *factoring*».

Una vez hechas las anteriores precisiones, señalamos que, en el contrato de *factoring*, las fórmulas jurídicas que posibilitan un cambio de titularidad mediante cesión de crédito son diversas: construir un negocio de *factoring* del que solo surjan efectos obligacionales de futuras cesiones de créditos y que, para producirse los efectos traslativos requiere que se realicen necesariamente posteriores negocios que hagan factibles esas transmisiones, o bien construir un contrato *factoring* como contrato con efectos traslativos en el cambio de la titularidad de los créditos según éstos vayan naciendo<sup>191</sup>. En la primera, el contrato de *factoring* es un contrato preliminar o preparatorio de cesiones posteriores; en la segunda, el *factoring* opera como una cesión global anticipada de créditos futuros.

## 2. FÓRMULAS DE INSERTAR LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONTRATO DE *FACTORING*

### 2.1. El *factoring* como contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores

De acuerdo con esta fórmula, el empresario se obliga a ceder a la entidad de *factoring*, a medida que vayan surgiendo, todos los créditos (o aquellos expresamente

---

<sup>190</sup> CUADRADO PÉREZ. C., *La cesión de créditos*, cit., p. 22.

<sup>191</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 313.

contemplados en el contrato) que se generen como consecuencia de su actividad comercial, quedando diferida la cesión de cada crédito a su pertinente ofrecimiento por parte del empresario y a la aceptación por parte de la entidad de *factoring*<sup>192</sup>. Como destacamos anteriormente<sup>193</sup>, lo más frecuente en la práctica es que el factor establezca unos límites máximos conforme a los créditos que el empresario ha de ceder; por ejemplo, refiriéndose estas transmisiones sólo a los créditos que el cliente tiene contra determinados deudores, concediéndose límites de riesgo en relación a cada uno de ellos (lo que se conoce como «globalidad circunscrita»).

La configuración del contrato produce inicialmente sólo efectos obligatorios entre las partes: el empresario se obliga a ceder los créditos especificados y la sociedad de *factoring* a aceptarlos, si cumplen las condiciones estipuladas. Por tanto, existirán tantos negocios de cesión como créditos se transfieran. Así las cosas, el efecto traslativo respecto de los créditos sólo se producirá con la cesión individual de cada uno de ellos<sup>194</sup>.

Con esta técnica el contrato de *factoring* no sólo impone la realización de cesiones posteriores, sino que predispone también el esquema contractual bajo el que las mismas tienen que realizarse. Esta uniformidad permite organizar la actividad de las sociedades de *factoring*, al unificar el contenido y el alcance de la pluralidad de las relaciones jurídicas que pueden entablar con sus clientes<sup>195</sup>.

El contrato de *factoring* obliga a ambas partes a la transmisión y a la adquisición, respectivamente, de los créditos que van naciendo a favor del cliente, en las condiciones y contra los deudores que se han especificado en el contrato, pero no a la celebración de contratos por parte del cliente, quedando el ejercicio de su actividad comercial dentro de

---

<sup>192</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 65.

<sup>193</sup> *Vid. supra* apartado 4.2 del capítulo segundo.

<sup>194</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3991.

<sup>195</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 66.

su área de libertad<sup>196</sup>. En cuanto a la oferta de los créditos por parte del cliente se hará en las condiciones previamente determinadas en el contrato (transcurrido un plazo, entregada la mercancía...) y en la forma establecida (normalmente se realiza mediante la entrega por aquél al factor de las facturas relativas a las ventas y suministros que haya realizado a los respectivos deudores, acompañados de las notas de pedidos, albaranes, documentos justificativos de entrega de la mercancía debidamente confirmados por los deudores...) <sup>197</sup>.

En cuanto a la aceptación por parte del factor, ésta se producirá cuando los créditos reúnan los requisitos y formalidades convenidas. Esta facultad de aprobación no hay que entenderla como la posibilidad de una libre disposición del factor a aceptar o no los créditos que se le ofrecen. El ejercicio arbitrario e infundado de dicha facultad sería una conducta abusiva, incompatible con la buena fe y con el uso a que obliga todo contrato (arts. 1258 del CC y 57 del CCom)<sup>198</sup>. Además iría en contra del artículo 1256 del CC, que establece la prohibición legal de dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes. Así, el factor no podrá rechazar a su libre arbitrio la aprobación de las operaciones del cliente, sino que este rechazo deberá tener fundamento en causas objetivas<sup>199</sup>. En lo que consiste esta facultad de aprobación del factor es en el examen de los créditos que se le han ofertado, con el fin de comprobar si reúnen o no los requisitos pactados en el contrato de *factoring* (características del crédito, formalidades de la

---

<sup>196</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 314.

<sup>197</sup> Así se establece en la condición general segunda y en la condición particular tercera del modelo de contrato de *factoring* establecido en ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., *Formularios prácticos. Contratos Mercantiles 2015*, Madrid, 2015, p. 564, siendo este «un modelo que presupone unas circunstancias determinadas que serán las más frecuentes», como se indica en la nota preliminar de la p. 564. En este mismo sentido, en cuanto a la forma de ofertar los créditos, se destaca la cláusula cuarta del formulario de contrato de *factoring* establecido en ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 146, que determina que «las letras de cambio o cualesquiera otros documentos representativos de las cuentas o créditos serán remitidos al Factor, acompañados de una hoja de remesa que las relacione, debiendo adjuntarse en todos los casos las correspondientes copias de facturas de venta y albaranes de entrega o de realización de trabajo, debidamente firmados por el comprador o transportista». El mismo tenor tiene la cláusula tercera del contrato de *factoring* recogido en FABRA VALLE, G., *Cincuenta contratos mercantiles*, Madrid, 1998, p. 235.

<sup>198</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 68.

<sup>199</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «El factoring en la práctica. Aspectos generales», cit., p. 241.

oferta, estar dentro del límite máximo o de riesgo concedido a cada deudor...). En algunos formularios se establece que no se consideran los créditos efectivamente cedidos hasta que el factor remita al cliente el documento de aceptación correspondiente, que contendrá los créditos que son aceptados<sup>200</sup>. Sin embargo, como destaca algún autor<sup>201</sup>, la amplitud y extensión temporal de la relación de *factoring* puede admitir fórmulas de aprobación más flexibles y sencillas, pudiendo resultar la aceptación de hechos concluyentes (como por ejemplo, otorgar el anticipo al cliente o comenzar a realizar las labores contables).

Suele establecerse en los contratos que la no aceptación justificada de los créditos por parte de la sociedad de *factoring* tiene como consecuencia que se realice sólo el servicio de gestión y administración respecto a esos créditos no aceptados, esto es, que se cedan en comisión de cobranza, conservando el cliente la titularidad de los mismos<sup>202</sup>.

En la práctica española la modalidad que tratamos fue muy utilizada antes de la promulgación de la Ley 1/1999, de 5 de enero, que, como más adelante veremos, estableció expresamente, en su disposición adicional tercera, la licitud de la cesión global anticipada de créditos futuros. En la actualidad se ha optado, acertadamente, por la articulación del contrato de *factoring* de acuerdo con esta última fórmula (de hecho, no hemos encontrado ningún contrato de *factoring* actual en el que esté establecida la construcción del mismo como un contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores, teniendo que acudir a libros de formularios para su estudio).

Por tanto, anteriormente, los formularios contractuales reflejaban la disgregación de la operación de *factoring* en una multitud de negocios de cesión, que presuponían

---

<sup>200</sup> Así se establece en la condición general quinta del modelo de contrato de *factoring* establecido en ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., *Formularios prácticos. Contratos Mercantiles 2015*, cit., p. 564.

<sup>201</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 69.

<sup>202</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 72; EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 59. Este último hace hincapié en que la gestión del cobro de los créditos no aceptados no debe reconocerse en defecto de pacto expreso, sino únicamente cuando así esté establecido en el contrato.

necesariamente el ofrecimiento de los distintos créditos por parte del empresario y que se perfeccionaban de forma independiente y sucesiva, de acuerdo con el procedimiento establecido en el contrato<sup>203</sup>. En definitiva, era necesario acudir a un negocio de cesión separado para cada uno de los créditos que fuesen transferidos<sup>204</sup>. Este sistema de *factoring* preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores, aparte de que se opone a un ágil desenvolvimiento de la operación, tiene como consecuencia el diferimiento en el tiempo de los efectos traslativos de los créditos, que sólo se produce con ocasión de cada cesión individual. Aparte de ello, impide que la sociedad de *factoring* pueda confiar en la seguridad de su posición como titular de los créditos, ya que solo disfrutará de esa confianza a partir del momento en que efectivamente se realicen cada una de las cesiones individuales<sup>205</sup>. Sin embargo, las sociedades de *factoring* tenían que acudir a él, ya que antes de la intervención legislativa que tuvo lugar con la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, que consagró la viabilidad del *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, existían dudas sobre la validez de la operación de *factoring* configurada conforme a ese sistema. Así las cosas, las sociedades de *factoring* actuaron con prudencia, amoldándose a la cesión de créditos individual que regula el CC, desmembrando por tanto la operación en una multitud de negocios de cesión<sup>206</sup>.

La doctrina de aquel tiempo propugnaba la conveniencia de optar por fórmulas alternativas más seguras, que atribuyesen al contrato de *factoring* efectos directamente dispositivos y que configuraran una cesión única de carácter global que se extendiera a la totalidad de los créditos, presentes y futuros<sup>207</sup>. Algún autor ha establecido que la

---

<sup>203</sup> Esta operativa puede verse en los modelos ya destacados de contratos de *factoring* preliminar: ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., *Formularios prácticos. Contratos Mercantiles 2015*, cit., p. 564; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 146; FABRA VALLE, G., *Cincuenta contratos mercantiles*, cit., p. 235.

<sup>204</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 70.

<sup>205</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3991.

<sup>206</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 105.

<sup>207</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3992; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit.,

configuración del contrato de *factoring* como contrato preparatorio de las cesiones posteriores hace fragmentaria jurídicamente una operación que se concibe desde el punto de vista económico como unitaria, pero que las sociedades de *factoring*, por diversas razones, configuraron el contrato como un contrato cuadro de posteriores negocios de cesión, en lugar de como un contrato definitivo<sup>208</sup>.

## **2.2. El *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros**

Junto con el modelo de *factoring* preliminar o preparatorio, que disgrega la operación de *factoring* en una pluralidad de cesiones, se puede articular la operación de *factoring* como una cesión única, acordada con carácter global y anticipada, que recae sobre todos los créditos, presentes y futuros, del empresario (o sobre aquellos créditos a los que venga limitada la aplicación del contrato). A diferencia del modelo anterior, en esta modalidad la transmisión de todos los créditos afectados por la operación se acuerda 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, y fundamentalmente a los no nacidos todavía<sup>209</sup>. Por tanto, el contrato implica desde el primer momento la cesión de los créditos a los que se refiere, en las condiciones que fijen las partes<sup>210</sup>. Como la cesión se acuerda con carácter anticipado, la transmisión de

---

p. 73. En la doctrina italiana se destaca CARNEVALI, U., «Struttura e natura giuridica del contratto di factoring», AA.VV., *Il factoring per le piccole e medie imprese* (dir. Bianca Cassandro), Milán, 1982, p. 102; CASSANDRO, B., «I problemi della cessione globale al factor dei crediti di impresa: possibili soluzioni a livello contrattuale e legislativo», AA.VV., *Il factoring per le piccole e medie imprese* (dir. Bianca Cassandro), Milán, 1982, p. 117.

<sup>208</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 109. Este autor recalca en reiteradas ocasiones el carácter unitario del contrato de *factoring*, determinando que «en sus orígenes, el factoring está considerado de una forma unitaria» (p. 111). Sin embargo, reconoce que la realidad práctica de ese tiempo (el año que se publica su obra es el 1991) es otra: «creemos que puede entenderse que el contrato de factoring presenta una estructura contractual de corte unitario (...). Pero no puede olvidarse que, en ocasiones, se configura el contrato de factoring no con carácter definitivo y traslativo, sino, por las razones que sean, como un contrato cuadro respecto a los posteriores negocios de cesión» (p. 111), destacando que las razones por las que se opte por una u otra configuración «esencialmente vienen determinadas por la ductilidad y aplicabilidad a la transmisión crediticia operada en el contrato, de las normas relativas a la cesión de créditos» (pp. 109 y 110).

<sup>209</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 79.

<sup>210</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 844; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de factoring», cit., p. 1239.



los distintos créditos se presenta como un efecto del contrato de cesión ya perfeccionado, no estando la misma sujeta a ningún negocio traslativo posterior<sup>211</sup>. El simple nacimiento de los créditos produciría inmediatamente su adquisición por el factor y el ingreso inmediato en su patrimonio<sup>212</sup>. Con respecto a ello, en algunos formularios se establece que los créditos cedidos son propiedad de la sociedad de *factoring* desde el mismo momento de su nacimiento, aunque la comunicación de aquéllos se realice en fecha posterior<sup>213</sup>.

En esta construcción la función de la oferta por parte del cedente y de la aceptación reservada al factor son totalmente diferentes a las que cumplían en el sistema de *factoring* como contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores. En la modalidad que tratamos, el cliente debe comunicar al factor el surgimiento de los créditos, pero ello no cumple ninguna función de oferta ni traslativa. Simplemente se trata de que el factor tenga noticia de la existencia de aquéllos<sup>214</sup>. Normalmente se establece en los contratos actuales que el cliente debe remitir al factor una «hoja de remesa e identificación de créditos», en la que se identifique el crédito ya cedido, con sus características, acompañada normalmente de la factura que corresponde a dicho crédito<sup>215</sup>. Recibida esta remesa, el factor realizará un examen de las características del

---

<sup>211</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 79. Estamos de acuerdo con la tesis alemana denominada «*Unmittelbarkeitsheorie*», expuesta por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 136, por la cual se entiende que el cesionario adquiere, sin necesidad de ningún paso por el cedente, el crédito cuando éste nazca. El citado autor, de lo contrario, se muestra a favor de la tesis inversa, denominada «*Durchgangstheorie*», la cual afirma la adquisición mediata de los créditos por parte del cesionario; es decir, manifiesta que al nacimiento del crédito, el cedente lo adquiere para transmitirlo automáticamente e inmediatamente a su cesionario.

<sup>212</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 315.

<sup>213</sup> Así se establece en la cláusula cuarta del contrato de *factoring* LA CAIXA.

<sup>214</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 315.

<sup>215</sup> Cláusula 7.3 del contrato de *factoring* de LA CAIXA y condición particular número 3 del contrato de *factoring* de BBVA FACTORING. Cabe destacar que, con frecuencia, se usa en la redacción de los contratos una terminología confusa. En este sentido, destacamos el contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, en el cual se establece con claridad, en su cláusula segunda, que se trata de un contrato de cesión global anticipada de créditos futuros. En la cláusula cuarta de este contrato se explica el procedimiento mediante el que el cedente debe comunicar al factor los créditos que surjan en relación con los deudores ya aprobados, determinándose que remitirá al factor un «*escrito de cesión*» con el contenido de los «*créditos cedidos a ceder*». Con respecto a este último y desafortunado término entendemos que hubiese sido más correcto denominarlo como «identificación de los créditos cedidos».

mismo y de las formalidades que le acompañan. El factor sólo tiene un derecho de examen del carácter del crédito (por ejemplo, comprueba si pertenece a una operación con un deudor que ha sido previamente aprobado, si no supera el límite global máximo – en caso de que hubiese –, si se encuentra libre de trabas y embargos...). El cumplimiento por el crédito transmitido de todos los requisitos preconfigurados en el contrato de *factoring* hace que éste desarrolle todos sus efectos, en tanto que lo único que sucede es que la eficacia traslativa está sometida con respecto a cada crédito a la condición suspensiva del hecho de su nacimiento dentro de las condiciones pactadas previamente en el contrato<sup>216</sup>.

La fórmula del *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros conlleva grandes ventajas. Como se ha indicado, la cesión de créditos así operada produce efectos traslativos en el cambio de titularidad de los créditos según éstos vayan naciendo, de forma que cuando los créditos nacen lo hacen ya en el patrimonio de la empresa de *factoring*, en los términos prefijados en el contrato, y sin necesidad de ningún acuerdo negocial complementario<sup>217</sup>. Ello tiene como consecuencia que la entidad quede protegida, ya que se asegura la adquisición directa de todos los créditos que quedaron definidos en el contrato. Cuanto mayor sea la dilación temporal entre el contrato de *factoring* y la transmisión del crédito, el factor verá más arriesgada su posición<sup>218</sup>. Por tanto, éste tendrá una mayor seguridad propia cuando el contrato de *factoring* esté configurado como una cesión global anticipada de créditos futuros, y tendrá una posición desventajosa en la configuración del *factoring* como contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores.

En relación con la posición del factor, destacamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de marzo de 1995<sup>219</sup>, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de abril de 1997<sup>220</sup>. En ella se resuelve una tercera de

---

<sup>216</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 315.

<sup>217</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3992.

<sup>218</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 110.

<sup>219</sup> STSJ Murcia de 31 de marzo de 1995, recurso núm. 154/1995, (AS 1995\1213).

<sup>220</sup> STS de 10 de abril de 1997, recurso núm. 1800/1995, (RJ 1997\3054).

dominio interpuesta por una sociedad de *factoring* frente al embargo de un crédito de uno de sus clientes. El factor alega que el crédito ya le había sido cedido en virtud de un contrato de *factoring* realizado con anterioridad y que dicho contrato implicaba la adquisición de todos los créditos futuros de su cliente por el simple hecho de su nacimiento. El Tribunal, tras indicar las diferencias entre las dos formas en las que se puede configurar el *factoring* y después del estudio de las cláusulas del contrato en cuestión, determina que el mismo establece un *factoring* preliminar que requiere la cesión de cada crédito por parte del cliente, caso a caso. Debido a que en este supuesto el factor no acredita que le fue cedido el crédito embargado, se concluye por el Tribunal que no existió dicha cesión, afirmando que «*todo esto conduce a proclamar la titularidad del crédito contendido en manos de la empresa ordinaria y empleadora de la trabajadora y no en manos de la empresa de factoring*». Con referencia a este caso destacamos que, si se hubiera realizado un contrato de *factoring* bajo la modalidad de cesión global anticipada de créditos futuros, se habría estimado la tercería de dominio y se habría levantado el embargo con respecto al crédito, ya que habría nacido dentro del patrimonio del factor. Sin embargo, al optarse por el *factoring* en su forma preliminar, debido a que en este caso aún no se había producido la oferta del crédito por parte del cliente cedente, ni su aceptación por parte del factor, el crédito se considera como no transmitido a la sociedad de *factoring*, siguiendo en el patrimonio del cedente. Por tanto, como conclusión, la posición del factor será más sólida y más segura con el *factoring* configurado como una cesión global anticipada.

Como otra ventaja para la entidad de *factoring* se señala la reducción de la operación a un solo acto de cesión. Ello simplifica notablemente diversos aspectos del desarrollo de la operación y, con ello, las cautelas a adoptar por la entidad de *factoring* para garantizar la efectividad general del contrato<sup>221</sup>.

La fórmula de la cesión global anticipada de los créditos también comporta ventajas para el cliente cedente. Con esta modalidad existe un ágil desenvolvimiento de la operación de *factoring*, ya que el cedente no tiene que ofertar cada uno de los créditos

---

<sup>221</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 84.

especificados en el contrato a medida de que vayan surgiendo, ni tiene que esperar a la aceptación de los mismos por parte del factor.

Debido a todas estas ventajas, en la actualidad el *factoring* como cesión global anticipada es la modalidad utilizada. Si bien, las entidades de *factoring* comenzaron a establecerla en sus contratos después de la entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 5 de enero, cuya disposición adicional tercera consagra la posibilidad de la cesión global y anticipada de créditos futuros. Con ella se disiparon las dudas que existían sobre la utilización de este modelo, pues las sociedades de *factoring* lo descartaban porque era plenamente desconocido en nuestro ordenamiento y no existía suficiente elaboración jurisprudencial sobre el mismo. En ausencia de apoyo legal pensaban que lo mejor era optar por la regulación de la cesión de créditos establecida en el CC y en el CCom, que se refiere a créditos singulares y ya existentes<sup>222</sup>.

#### **2.2.1. 2.2.1. El reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento de la cesión global anticipada de créditos futuros. Su viabilidad antes de la entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 5 de enero**

Tal y como hemos señalado a lo largo de este capítulo, la cesión global anticipada de créditos futuros se admitió de forma expresa en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero. Específicamente, su apartado 1.3º determina como una de las condiciones para la aplicación de la referida disposición adicional:

*«3.ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión o nazcan de la actividad empresarial que el 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.»*

Este precepto se refiere a los «*créditos objeto de la cesión*», por lo que permite la cesión global en masa. Asimismo se refiere a los créditos que «*existan ya en la fecha del contrato de cesión o nazcan de la actividad empresarial*» por lo que permite la cesión de créditos futuros. De otra parte, determina dos posibilidades para esta cesión:

---

<sup>222</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 87.

de un lado, cabe efectuar una cesión global de los créditos que «nazcan de la actividad empresarial del cedente en el plazo máximo de un año» a contar desde la fecha del contrato, en cuyo caso la determinación de los créditos afectados por la cesión se efectuaría con este criterio temporal, sin necesidad de precisar la identidad concreta de los deudores cedidos. De otro lado, es posible la cesión de créditos aún no nacidos cuando «conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores». En este caso las partes no necesitarían sujetarse a ningún tipo de restricción temporal<sup>223</sup>. Por tanto, la cesión global de créditos futuros puede realizarse de dos formas distintas, aunque se destaca que la más utilizada en la práctica de *factoring* es la de establecer en el contrato la identidad de los futuros deudores que el factor haya aceptado previamente<sup>224</sup>.

Con esta disposición, el legislador español, siguiendo el modelo italiano de la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*, cumple con las peticiones de la doctrina específica en la materia, que estimaba aconsejable una intervención legislativa que consagrara de forma inequívoca la viabilidad de una construcción unitaria del *factoring*, que descansara sobre un único acto de cesión de carácter global y anticipado<sup>225</sup>. En cuanto a la Ley italiana a la que nos referimos, establece de forma clara en su artículo tercero esa posibilidad, determinando en su apartado segundo que «*i crediti esistenti o futuri possono essere ceduti anche in massa*». Ahora bien, a diferencia de la española, determina dos requisitos para que sea posible la cesión global de créditos futuros<sup>226</sup>: el primero es que la cesión tiene que tener como objeto sólo los créditos que surjan de contratos que sean estipulados en un periodo no superior a 24 meses; el

---

<sup>223</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al *factoring*», cit., p. 176.

<sup>224</sup> Así se establece en el contrato de *factoring* BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, donde en su Anexo 1 se recoge la identidad de los deudores. También se usa esta opción en el contrato de de LA CAIXA, cuya cláusula 7.3 se refiere del «Anexo de aprobación de deudor»; así como en el contrato de BBVA FACTORING, que en la condición particular segunda indica la identificación de los deudores previamente aprobados por la sociedad de *factoring*.

<sup>225</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 106.

<sup>226</sup> CLARIZIA, R., «Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza», cit., p. 865; DE NOVA, G., «Il factoring a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52», cit., p. 5; ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, Navarra, 2005, p. 115.

segundo es que además deben estar indicados en el contrato los deudores cedidos (apartados 3 y 4 del artículo tercero<sup>227</sup>). Cabe destacar, en cuanto al primer requisito, que hay algún autor<sup>228</sup> que lo ha interpretado sólo como una limitación de la eficacia de la notificación de la cesión a los créditos que surgirán en ese lapso de tiempo. En su opinión, esta lectura parece preferible, debido a que la prohibición que entraña el precepto no tiene razón de ser, mientras que es comprensible que sea un límite a la operatividad de la norma especial que consiente la notificación de una masa de créditos (art. 3.2, antes reproducido). Sin embargo, creemos que el artículo 3.3 de la norma italiana es bastante claro, no dando lugar a dudas en cuanto a lo que establece: «*La cessione in massa dei crediti futuri può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi*». No parece ser, por tanto, que en este caso quepa lugar a interpretaciones que vayan más allá de lo que se concreta por escrito.

Aunque la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero ha sido bastante importante en lo que a *factoring* se refiere, destacamos que anteriormente a ella la doctrina mayoritaria establecía la posibilidad de la cesión global anticipada de créditos futuros en nuestro Derecho<sup>229</sup>.

En cuanto a la cesión global, se entendía que no había impedimento alguno en nuestro ordenamiento jurídico para que un único acto de cesión recayera en una masa de

---

<sup>227</sup> El apartado 3 del artículo tercero de la *Legge 52/1991 di Cessione dei Crediti di impresa*, tiene el siguiente tenor: «*La cessione in massa dei crediti futuri può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi*» (la cesión en masa de los créditos futuros puede tener como objeto sólo los créditos que surgirán de contratos a estipular en un periodo de tiempo no superior a veinticuatro meses).

El apartado cuarto se encarga de la cesión en masa: «*La cessione dei crediti in massa si considera con oggetto determinato, anche con riferimento a crediti futuri, se è indicato il debitore ceduto, salvo quanto prescritto nel comma 3*» (Las cesiones de los créditos en masa se considera con objeto determinado, también con relación a los créditos futuros, si se indica el deudor cedido, a salvo la limitación impuesta por el apartado tercero).

<sup>228</sup> VIGO, R., «“Il factoring”», AA.VV., *I contratti per l'impresa*, 2ª edición (dir. Gregorio Gitti, Marisaria Maugeri y Mario Notari), Bologna, 2012, p. 202.

<sup>229</sup> Se destacan los siguientes autores: PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1095; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 88; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 127; SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 309; EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 60; RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3992.

créditos. Indirectamente se admite por el CC (art. 1532), que regula la venta alzada o en globo de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, por mucho que presente diferencias con la operación de *factoring*. Dichas diferencias se refieren a que en el artículo 1532 CC la venta en globo se configura conjunta y unitariamente, mientras que en la cesión global realizada en una operación de *factoring* los distintos créditos son objeto de una atención singularizada. Además, el artículo 1532 CC determina un especial «régimen de saneamiento», por el que el cedente «*responderá de la legitimidad del todo en general*», a diferencia del *factoring*, cuyo régimen de responsabilidad asumido por el cedente afecta a la existencia y legitimidad de los distintos créditos por separado y no solo de la universalidad en su conjunto<sup>230</sup>. Sin embargo, se estableció por la doctrina que no era contrario al régimen de la venta alzada o en globo la posible atención individualizada con respecto a cada uno de los derechos que componen el conjunto que se trasmite globalmente<sup>231</sup>. Por otra parte, en el ámbito de la responsabilidad del cedente, la responsabilidad que éste asume puede referirse a cada crédito en singular, ya que el artículo 1532 CC señala el mínimo de esa responsabilidad y no se opone a ello el hecho de que el cedente se obligue a más garantizando todos y cada uno de los créditos cedidos<sup>232</sup>. Por tanto, en atención a estas argumentaciones, se concluyó que era posible la cesión de una masa de créditos. El problema sólo sería el de la adecuada determinación del objeto del contrato (art. 1273 CC), pero no el de su posibilidad o licitud<sup>233</sup>.

En cuanto a la posibilidad de cesión de los créditos futuros, se determinó por la doctrina que era plenamente válida en nuestro Derecho, ya que el artículo 1271 CC establece el principio general en nuestro ordenamiento de que «*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*». Ello se afirmó a pesar del aparente obstáculo que parecía indicar el artículo 1529 CC, que al regular la responsabilidad del cedente por la *veritas nominis*, presupone

---

<sup>230</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 89; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 127.

<sup>231</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 309.

<sup>232</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 128.

<sup>233</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 309.

la existencia efectiva del crédito en el momento de la cesión, pues establece que «*el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta*». Del tenor de este precepto llegó a deducirse la imposibilidad de admitir una cesión actual de créditos no nacidos o futuros. Sin embargo, se destacó por la doctrina que no parece posible colegir de una norma como el artículo 1529 CC, que tiene un significado bien preciso, una excepción de tanta envergadura al principio general de negociabilidad de cosas futuras que de forma genérica proclama el artículo 1271 CC<sup>234</sup>. También se destacó que una correcta interpretación del artículo 1529 del CC parece reconducirlo más a hacer referencia al establecimiento de una responsabilidad debida a la inexistencia del contrato por falta de objeto (el crédito pretendidamente cedido) que al problema de la posibilidad de cesión de créditos futuros<sup>235</sup>, además de que el referido artículo no debe entenderse como una norma especial o necesaria de la cesión de créditos<sup>236</sup>.

Con base en estas razones, se admitió la posibilidad de la cesión de créditos futuros en nuestro ordenamiento, sin resultar necesario que exista el contrato o la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión en el momento en que la cesión anticipada se concluya. El único problema que señalaba la doctrina era el referido al requisito de determinación del objeto, tal y como señala el artículo 1273 CC, pues los caracteres definitorios de los créditos que se traten deben resultar adecuadamente determinados, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes<sup>237</sup>. Sin embargo, se destaca por algún autor<sup>238</sup> que el requisito de determinabilidad se cumple

---

<sup>234</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 94.

<sup>235</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 311. ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 73, establece que la finalidad del artículo 1529 CC no es excluir la negociabilidad de los créditos futuros, sino reforzar la garantía del adquirente de un crédito mediante el establecimiento de una excepción al régimen de nulidad del contrato por falta de objeto y la fijación a cargo del cedente de un régimen más estricto de responsabilidad para compensar los riesgos que para la circulación de los créditos supone su falta de corporalidad. En este mismo sentido, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 94.

<sup>236</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 125.

<sup>237</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1094.

<sup>238</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 312.



satisfactoriamente en las condiciones de los contratos *factoring*, en las que se establecen suficientes criterios de determinación, tanto subjetivos (factor, cliente y deudores), como objetivos (tipos de relaciones comerciales, clases de negocios, límites de su cuantía).

A pesar de la admisión por la doctrina mayoritaria de la viabilidad en nuestro sistema jurídico de la cesión global anticipada de créditos futuros mediante una interpretación flexible de nuestro ordenamiento, ello resultaba insuficiente para inducir a las sociedades de *factoring* a decantarse por esta fórmula y para dotar a sus actuaciones de la debida certeza y seguridad<sup>239</sup>. Aparte, no existía suficiente apoyo jurisprudencial, a diferencia de otros países como Alemania, en el que la figura de la cesión global de créditos futuros se ha desarrollado con amplitud por la jurisprudencia, admitiéndose desde hace casi un siglo<sup>240</sup>. Por ello, la doctrina<sup>241</sup> pedía una intervención expresa del legislador, con el fin de que se introdujera la fórmula del *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros en nuestro mercado, siguiendo el ejemplo de países cercanos al nuestro – en Francia, la *Ley Dailly*<sup>242</sup> afirmó la posibilidad de utilizar esta fórmula contractual. Como hemos destacado anteriormente, en Italia la posibilidad de ceder créditos futuros en masa se consagró en la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa* –.

Las peticiones de la doctrina, así como las exigencias de las entidades de *factoring*, que reclamaban mecanismos seguros y que se acabara con la indefinición existente sobre la validez de la figura, fueron satisfechas con la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero, que consagró legalmente la posibilidad de la cesión global anticipada de créditos futuros. Con ella se consiguió que las sociedades de *factoring*

---

<sup>239</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 90.

<sup>240</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 61.

<sup>241</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 100. También consideraba necesario la necesidad de manifestación del legislador SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 309, con el objeto de otorgar a la cesión global de créditos futuros de un régimen propio.

<sup>242</sup> *Loi 81-1, du janvier 1981, facilitant le credit aux entreprises* (JORF de 3 de enero de 1981).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

acudieran a esta fórmula, dotando a los contratos de una configuración jurídica única y definitiva<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 84.

## CAPÍTULO CUARTO. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO

### 1. INTRODUCCIÓN

El contrato de *factoring* se presenta en nuestro ordenamiento sin propia tipificación legal. Por tanto, su contenido y las obligaciones de las partes no se encuentran establecidas en ninguna ley, tal y como sucede con otras operaciones (por citar algún ejemplo, destacamos el contrato de compraventa. En esta operación el CC establece las obligaciones del vendedor – arts. 1461 a 1469 – y las obligaciones del comprador – arts. 1500 a 1505 –).

El estudio de las obligaciones de los contratantes de *factoring* requiere partir necesariamente del examen de su formulación contractual en los diversos formularios generados por las empresas que desarrollan dicha actividad en el tráfico empresarial de nuestro país<sup>244</sup>. Destacamos que los contratos de *factoring* se caracterizan por la homogeneidad de su contenido, presentando los formularios de unas y otras empresas condiciones y cláusulas semejantes. Ello da lugar a una «tipicidad social», tal y como anteriormente destacábamos<sup>245</sup>.

Por otra parte, y a la vista de lo explicado en el apartado precedente, no puede desconocerse que actualmente existe un predominio y opción a favor de la configuración del *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, ya que en la práctica actual es el modelo que se está utilizando por las sociedades de *factoring*, debido a que satisface mejor los intereses de los contratantes. Parece, por tanto, acertado que centremos nuestra atención en el contenido del contrato configurado de este modo, sin perjuicio de las referencias que hagamos a la configuración del *factoring* como un contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores.

---

<sup>244</sup> Así también lo entiende SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 304.

<sup>245</sup> Vid. *supra* apartado 5.1 del capítulo segundo. Sobre la «tipicidad social», vid. también CAMACHO PÉREZ, M.E., «Régimen aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana», *Revista e-Mercatoria*, volumen 4, núm.1, 2005, pp. 56 y ss.

## 2. OBLIGACIONES DEL CLIENTE-CEDENTE

### 2.1. Entrega de la información pertinente a la empresa de *factoring*

Como primera obligación del empresario que contrata los servicios de *factoring* señalamos la de proporcionar a la sociedad de *factoring* toda la información necesaria para la correcta evaluación del riesgo a asumir por ésta<sup>246</sup>. Si bien, debemos matizar que esta es una obligación precontractual, necesaria para que la empresa de *factoring* establezca el contenido del contrato. La información solicitada por el factor a su futuro cliente suele referirse a los datos de su actividad empresarial, si es empresario individual o social (en este último caso se pide información sobre el montante del capital social), las ventas al año, reservas, número de empleados, etc. Se suele requerir la relación de deudores propuestos con los datos de las ventas que se les realizan al año, plazo de cobro, medios de pago, importe medio de facturas... Entendemos que el factor exigirá que todo ello se demuestre documentalmente, al objeto de evitar inexactitudes.

A diferencia de otros contratos de financiación, en los cuales sólo se hace una evaluación de las personas físicas o jurídicas que requieren crédito, en el caso del *factoring* el factor también necesita información de los deudores propuestos y de las características y calidad de los créditos comerciales que se les van a ceder, ya que con la conclusión del contrato se convertirá en acreedor de aquéllos<sup>247</sup>.

A partir de una valoración de la situación del empresario solicitante y de su cartera de clientes, el factor fija el alcance del contrato, es decir, viene a fijar la clase de contrato de *factoring* por el que se ha optado respecto a los servicios que va a prestar el factor<sup>248</sup>. En atención al riesgo que puede asumir el factor, éste puede configurar el

---

<sup>246</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1257.

<sup>247</sup> Sobre este tema RUOZI, R. y ROSSIGNOLI, B., *Manuale del factoring*, cit., pp. 52 y 53: «l'elemento qualificante è proprio la valutazione congiunta delle parti coinvolte nel rapporto, ossia fornitore e debitore, effettuata non già secondo i canoni degli affidamenti bancari, quanto in base a criteri di natura commerciale».

<sup>248</sup> GALÁN LOPEZ, C., «El proceso perfectivo», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 277. También explican la relevancia de la información que proporciona el cliente en la fase preparatoria del contrato LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 68, indicando que la misma constituye el presupuesto para la precisión de su contenido, la determinación de la estructura remuneratoria y la distribución de los riesgos entre las partes.

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

contrato como «con regreso» o «sin regreso», así como establecer determinados límites máximos o de riesgo para cada deudor. La opción de un tipo u otro de *factoring*, así como la determinación de los citados límites dependerán de las circunstancias de los deudores propuestos y de las del propio empresario solicitante (se suele consultar el histórico de fallidos que ha tenido en los últimos años<sup>249</sup>). Por tanto, podemos concluir que la aportación de información por parte del futuro cliente no se utiliza a los meros efectos de conocer la solvencia económica del mismo, sino que su contenido sirve de base a la previsión del riesgo que la entidad de *factoring* asume<sup>250</sup>.

Con referencia a esta etapa de formación del contrato señalamos que también el solicitante puede establecer su preferencia por prescindir de algún servicio de *factoring*. En la práctica existe esta situación cuando se excluye el servicio de gestión, dando lugar a un *non notification factoring*, a causa de la conveniencia del cliente-cedente de que sus clientes no conozcan la existencia del contrato.

También con arreglo a la información y datos que el factor recibe del futuro cliente establece la relación de deudores aprobados. Suelen describirse en un anexo al contrato o en las condiciones particulares del mismo. En algunos formularios se establece una comisión a pagar por el cliente por la solicitud de estudio, renovación o ampliación del límite máximo concedido a cada deudor<sup>251</sup>. La lista de deudores aprobados puede ser revisada y modificada por el factor, tanto para excluir como para aprobar nuevos deudores propuestos por el cliente<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Así puede verse en el «Anexo 2» del precontrato de BBVA FACTORING para un *factoring* global sin regreso y sindicado.

<sup>250</sup> Destacamos el precontrato para un *factoring* global sin regreso y sindicado de BBVA FACTORING, en el que se establece en todas sus páginas que el mismo constituye «*un documento de trabajo que describe los elementos y condiciones para un factoring global sin recurso sindicado para el solicitante (...) y está sujeto a autorización por parte de los comités de riesgo de BBVA*». Es decir, en función de la información aportada por el solicitante se ha estipulado un determinado contrato, que aún no es el definitivo porque está a la espera de que se evalúe el riesgo que, en función de su contenido, asume la entidad de *factoring*.

<sup>251</sup> En el contrato de *factoring* de LA CAIXA se establece en las condiciones particulares una comisión de 15 euros por cada deudor por el que se solicite su estudio, renovación o ampliación de su límite máximo.

<sup>252</sup> Estipulación sexta del contrato de *factoring* BBVA FACTORING; cláusula séptima del contrato de *factoring* de LA CAIXA.

## **2.2. Cesión de los créditos**

La obligación del cliente de *factoring* de ceder los créditos aparece con claridad al inicio del contrato. Como se explicó en su momento, en la configuración del *factoring* utilizada en la época actual sólo existe una única cesión con carácter global y anticipada de todos los créditos afectados por la operación. Sin embargo, en el caso del *factoring* como contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores, el cliente de *factoring* se obliga a ceder al factor los créditos contemplados en el contrato a medida que van surgiendo, habiendo por tanto tantas cesiones como créditos se tuviesen que ceder.

Si bien en los contratos se suele establecer esta obligación de cesión como «objeto del contrato de *factoring*» creemos que realmente el objeto del contrato lo constituyen «los servicios de *factoring*», que son las prestaciones efectuadas por el factor<sup>253</sup>. Así lo entiende también un sector de la doctrina<sup>254</sup>, el cual destaca el planteamiento erróneo de los formularios de *factoring*, señalando que la entrega de los créditos no es la finalidad perseguida por el contrato. Realmente, la finalidad es la de prestación de los servicios de *factoring* a cambio de una remuneración, y lo que sucede es que para su consecución se exige la transmisión de los créditos<sup>255</sup>. Por tanto, la cesión de los créditos, por más que

---

<sup>253</sup> En todos los contratos de *factoring* de la realidad práctica estudiados aparece la obligación de cesión de créditos bajo el epígrafe «objeto del contrato». Así, el contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO identifica la cesión de créditos como objeto del contrato en su cláusula 2; el contrato de BANCO PICHINCHA ESPAÑA determina en su estipulación primera que «es objeto del presente contrato la cesión por parte del Cedente al Factor de todos los derechos de crédito de los que sea legítimo titular frente a sus clientes, según lo previsto en el presente contrato»; el contrato de BBVA FACTORING establece que «es objeto del contrato la cesión por el Cedente al Factor de todos los créditos presentes y futuros que el Cedente pueda ostentar en adelante frente a sus clientes o deudores relacionados en las Condiciones Particulares, como consecuencia de ventas, suministros o cualesquiera otras operaciones propias de su actividad» – estipulación primera –. De forma similar a las cláusulas descritas se establecen las correspondientes al resto de contratos utilizados en la investigación.

<sup>254</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 856; SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 309; ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 68. Tímidamente, GÓMEZ MENDOZA, M., «Obligaciones de la empresa de *factoring*» AA.VV., *El contrato de *factoring** (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 303.

<sup>255</sup> En cuanto a la finalidad del contrato destacamos la STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003/938), la cual establece que el contrato de *factoring* está destinado a cumplir «diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en varias funciones de ésta, como son principalmente la administrativa o de gestión, la de garantía, y de financiación».

sea un elemento indispensable para la existencia de este contrato, es un simple instrumento para posibilitar la prestación de esos servicios<sup>256</sup>.

La cesión de los créditos comprende la de todos los derechos accesorios derivados de los mismos, o que se relacionen con ellos. Así lo dispone el artículo 1528 CC, que cristaliza el principio de que el derecho accesorio sigue al principal – *accessorium sequitur rei principalis* –: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». Las sociedades de *factoring* mencionan siempre esta regla en el clausulado de sus contratos, pensamos que con el objetivo de clarificar qué comprende lo que adquiere el factor (esto es, los créditos que se establezcan con todos los derechos accesorios derivados o que con ellos se relacionen). La doctrina considera que el artículo 1528 CC tiene un carácter netamente dispositivo, estableciendo que el mismo no excluye pacto en contrario<sup>257</sup>.

La enumeración del precepto 1528 CC es puramente ejemplificativa, no siendo rigurosa la expresión «derechos accesorios». Se pretende con ella transferir al cesionario

---

<sup>256</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 856. ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 79, señala que «la cesión es una de las operaciones jurídicas necesarias en el desarrollo de la «factorización» de un crédito». En el mismo sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «El contrato de “factoring”», AA.VV., *Contratos mercantiles* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1288, determina que «no cabe olvidar cómo la transmisión que se opera en el contrato es el cauce para la realización de una actividad empresarial específica, esto es, la desarrollada por el Factor». En este trabajo, sobre el marcado carácter instrumental de la cesión, *vid. supra* apartado 3 del capítulo primero.

<sup>257</sup> Esto es, el efecto legal del artículo 1528 CC puede ser excluido por el cedente y el cesionario – *vid. SAP Sevilla de 20 de febrero de 2002, recurso núm. 412/2002, (JUR 2002\160929)*, que establece que «en aplicación del artículo 1528 CC (...) se comprenden en la cesión, salvo pacto en contrario, las obligaciones accesorias, entre las que se encuentra la fianza». Autores como GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La cesión de créditos», AA.VV., *Contratos mercantiles* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1149, sostiene la posibilidad de que el titular pasivo de la garantía o el propio deudor del crédito limiten la vigencia de la garantía a favor de un acreedor en concreto. De esta forma, si el crédito se cede, la garantía no circula con él, quedándose extinguida. En la misma línea se pronuncia MARCO MOLINA, J., «Artículo 1528», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. Andrés Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, p. 1669, que cita la teoría de PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1106: «no será posible la subsistencia de los derechos de garantía si sus titulares pasivos hubieren pactado de antemano con el deudor o con el primitivo acreedor que la garantía se extinguiría en caso de cesión del crédito garantizado». DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 980, recalca que el pacto en contrario del artículo 1528 CC pueda ser de los autores del negocio de cesión y también pueda ser por estipulación contenida en los negocios constitutivos de la garantía. En efecto, dicho pacto es posible, en virtud de la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 CC.

no solo los accesorios *strictu sensu*, como los intereses y las garantías, sino también las cualidades del crédito, tales como los privilegios o preferencias de cobro y el llevar aparejado ejecución, así como los medios y acciones para defenderlo o hacerlo efectivo con los que contaba el cedente<sup>258</sup>. Ahora bien, solo se considerarán transferidos al cesionario los derechos accesorios inherentes a la obligación o a su fuente, no los inherentes a la persona del acreedor cedente. Así lo establece el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de junio de 1989<sup>259</sup>, que declara intransmisible la preferencia de cobro que gozan los acreedores salariales, determinando que «*la transmisión de los privilegios unidos al crédito sólo se produce respecto a aquellos que nacen o se derivan de la naturaleza o causa del crédito, o del título formal en que consta, no de los que sean de naturaleza personal*»<sup>260</sup>. En cuanto a las acciones que se transmiten con el crédito, en el caso del contrato de *factoring*, el cliente-cedente mantendrá todas las que se deriven del negocio del que ha surgido el crédito cedido, salvo aquellas cuyo objeto, de modo directo o indirecto, sea la realización del propio crédito que, por razones evidentes, han de entenderse transmitidas a favor del factor como nuevo acreedor<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> MARCO MOLINA, J., «Artículo 1528», cit., p. 1669; ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., «De la transmisión de créditos y demás derecho incorporales. Artículos 1526 a 1536», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª edición, Navarra, 2013, p. 2046. Sobre la transmisión de las garantías personales, destacamos la STS de 28 de mayo de 2004, recurso núm. 2167/1998, (RJ 2004\3553), que se refiere a una fianza a primer requerimiento que se transmitió junto al crédito cedido en un contrato de *factoring*, en aplicación del artículo 1528 CC. El Tribunal explica que, si no fuese así, quedaría la garantía privada de causa. Sobre la transmisión de los medios para defender el crédito y hacerlo efectivo, *vid.* SAP Guipúzcoa de 20 de marzo de 2002, recurso núm. 3007/2002, (JUR 2002\220490), que trata sobre la cesión por parte del beneficiario de un pagaré «no a la orden». Establece la sentencia que, en este caso, el cesionario adquiere de manera derivativa los derechos del beneficiario-cedente, pudiendo aquél ejercitar la acción cambiaria (ya que la cesión no altera la naturaleza cambiaria de los derechos transmitidos), así como la acción ejecutiva, pues la cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios (art. 1528 CC).

<sup>259</sup> STS de 27 de junio de 1989, (RJ 1989\4787).

<sup>260</sup> Contra la resolución de esta sentencia se ha pronunciado DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 980, considerando que «*la STS de 27 de junio de 1989 ha querido introducir una restricción a la regla del art. 1528, con referencia a los créditos salariales, entendiéndolo que, por efecto del art. 1528, se transmiten los privilegios derivados de la naturaleza o de la causa del crédito o del título formal en que consten, pero no los que sean de naturaleza personal. Tal opinión, como ha señalado F. PANTALEÓN, no es aceptable, toda vez que los créditos mencionados se privilegian por su causa o naturaleza y no porque su titular en cada momento posea o no una determinada consideración personal*». Sobre la cita que hace este autor a PANTALEÓN PRIETO, F., se refiere a su comentario «Artículo 1528», *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia de España*, Vol. II, Madrid, 1991, p. 1030.

<sup>261</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La cesión de créditos», cit., p. 1151.



#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

El Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 2001<sup>262</sup> aclara que no se puede incluir entre esos accesorios el contrato de seguro, contrato autónomo no dependiente de otro no obstante su finalidad asegurativa. Determina que la transmisibilidad de aquél sólo puede tener lugar en virtud de una estipulación expresa, no automáticamente, como ocurre en los casos de fianza, prenda, hipoteca o privilegio, que menciona el artículo 1528 CC, o cualesquiera otra garantía, real o personal, que cumplan la misma función que los enumerados. La sentencia citada se refiere específicamente a una operación de *factoring* sin regreso, en la que el cliente-cedente disponía de una póliza de seguro de créditos comerciales (contra el riesgo de pérdida por insolvencia de sus deudores) antes de concertar el contrato de *factoring*. En la cláusula 16 de las condiciones generales de la póliza concertada se estableció que la cesión del contrato de seguro sólo podía tener lugar por designación de persona por parte del asegurado y aceptación de la aseguradora.

En cuanto a la sentencia destacada, no consideramos correcto lo que determina el Alto Tribunal. Es conveniente especificar (y así debería de haberse señalado también en la STS) que la modalidad de seguro de la que trata la misma es una «póliza nominativa de riesgos no obligatorios» mencionada en el artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro<sup>263</sup> (LCS en adelante). Por tanto, en caso de transmisión del objeto asegurado (en este supuesto, los créditos comerciales), el artículo 34 LCS determina que este tipo de pólizas se exceptúan de la subrogación *ex lege* del adquirente en el contrato de seguro del anterior titular si en las condiciones existe pacto en contrario, como en ocurre en el asunto que se juzga. En definitiva, para ver si se transmite o no el seguro de los créditos, habrá de estar a las condiciones de la concreta póliza de seguro, cuestión que no se explica en la STS. Ésta, en lugar de comentar y aplicar el contenido del artículo 34 LCS, se ciñe erróneamente al 1528 CC, estableciendo que, en los casos de venta o cesión de un crédito, sólo puede tener lugar la transmisibilidad del contrato de seguro sobre el mismo en virtud de una estipulación expresa, cuando ello no es correcto: lo realmente

---

<sup>262</sup> STS de 2 de febrero de 2001, recurso núm. 26/1996, (RJ 2001\1685) – específicamente Fundamento de Derecho segundo –.

<sup>263</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980).

acertado habría sido señalar que dicha transmisión se produce si no hay pacto que lo impida en la referida póliza<sup>264</sup>.

Por último, en relación con la obligación de ceder los créditos, destacamos que en los contratos de *factoring* es contenido típico la exigencia de, cuando algunos de los créditos cedidos se hallen instrumentados en letra de cambio, pagaré o documentos de giro análogos, librar o endosar los mismos a favor del cesionario<sup>265</sup>. En otras palabras, cuando el crédito esté instrumentado en un título valor surge con respecto al cedente, antiguo titular legitimado, la obligación de proceder al cambio de esa titularidad según cuales fueran las reglas propias de circulación del crédito que se tratase. La cesión obliga, por tanto, no sólo a la cesión del crédito causal sino también al cartulario<sup>266</sup>.

### **2.3. Responsabilidad *veritas nominis***

En todos los contratos de *factoring* que hemos podido consultar se establece la responsabilidad del cliente por la existencia y legitimidad de los créditos que se ceden, así como por la personalidad con que hizo la cesión<sup>267</sup>. Esta responsabilidad es la denominada «*veritas nominis*» (arts. 1529 CC y 348 CCom).

---

<sup>264</sup> Así parece entenderlo el autor PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1108, que en lo referente a la transmisión del seguro del crédito cedido determina, escuetamente, que habrá de aplicarse el artículo 34 LCS.

<sup>265</sup> En la cláusula quinta del contrato de *factoring* de LA CAIXA se dispone que «cuando el derecho de crédito se halle instrumentado en letras de cambio, pagarés o documentos de giro análogos los mismos serán librados a orden de “La Caixa” o endosados a ésta. El Cedente confiere apoderamiento especial a “La Caixa” para proceder al endoso a su favor si fuere necesario». Asimismo, la cláusula octava del contrato de BBVA FACTORING determina: «el Cedente otorga en este momento poder especial y tan amplio como en derecho se requiera dentro del ámbito cambiario a favor del Factor, quien podrá hacer uso del mismo para formalizar, en nombre del Cedente, cuantos actos de giro y para la gestión de cobro tenga por convenientes y poder hacerlos efectivos, siempre que dichos actos se refieran exclusivamente a los efectos de comercio entregados por el Cedente al Factor como motivo de la cesión de créditos efectuada».

<sup>266</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 318.

<sup>267</sup> Así, en el contrato BANCO PICHINCHA ESPAÑA, cláusula primera, se establece que el cedente «declara y garantiza ser el legítimo titular de los derechos de crédito, y que no se hallan afectos a otra garantía ni han sido objeto de traba o carga alguna, ni tiene limitada la facultad de disposición sobre los mismos». Asimismo, en su cláusula cuarta, que establece las obligaciones del cedente, se garantiza la vigencia, validez y legitimidad de los créditos cedidos. En el contrato de LA CAIXA se establece, en su cláusula 6, que el cliente «responde de la personalidad con que hace la cesión, de la vigencia y de la legitimidad de los créditos cedidos y de los títulos en los que se instrumenta el derecho

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

La responsabilidad por la existencia significa la posibilidad legal de poder reclamar el cumplimiento de la prestación cedida en la medida en que el crédito aún no ha sido pagado, esto es, que la prestación es todavía exigible. Asimismo, la existencia significa la ausencia de causas que afecten o puedan afectar a la exigibilidad del crédito cedido (por ejemplo, mora del acreedor, prescripción, compensaciones o doble venta). Algún autor<sup>268</sup> define la existencia del crédito como que el mismo «*tenga realidad en los términos pactados*». En cuanto a la legitimidad, ésta ha de entenderse como la transferencia de la posición procesal necesaria para reclamar judicialmente el crédito o para defenderse con éxito frente a una reclamación judicial de nulidad de éste, y consiguientemente, la garantía de que no existen causas que pudieran afectar al adecuado ejercicio de la misma. En definitiva, legitimidad significa pertenencia al cedente, o más bien, titularidad y poder de disposición del cedente<sup>269</sup>.

El contenido típico del contrato de *factoring* configura dicha responsabilidad de una forma específica que se aleja de la que tanto el Derecho común como el Derecho Mercantil regulan con carácter general, si bien es cierto que con naturaleza dispositiva<sup>270</sup>.

La consecuencia derivada de esta responsabilidad para el cliente, tal y como se articulan en las condiciones generales de los contratos de *factoring*, consiste en la anulación de la cesión del crédito afectado de acuerdo con las reglas que se establezcan<sup>271</sup>. Ello afectará solamente al crédito individualizado afectado. Sin embargo,

---

*de crédito*». De igual forma se determina en la cláusula primera del contrato de *factoring* de BBVA FACTORING y en la cláusula 17.14 del contrato de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.

<sup>268</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 121.

<sup>269</sup> ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., «De la transmisión de créditos y demás derecho incorporales. Artículos 1526 a 1536», cit., p. 2049; MARCO MOLINA, J., «Artículo 1529», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. Andrés Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, p. 1671; PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1110.

<sup>270</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 320. Señala GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 123, sobre los artículos 1529 CC y 348 CCom que «*tal normativa tiene un carácter dispositivo, por lo que, en atención a las especiales circunstancias, puede modalizarse en el sentido que se quiera, sin otros límites que los generales derivados de normas imperativas (ad. ex. arts. 1255 CC, 1271 CC, etc.)*».

<sup>271</sup> *Vid. ad. ex.* cláusula décima del contrato BBVA FACTORING.

no puede olvidarse que el contrato de *factoring* se estructura en torno a cesiones globales de créditos y que una incidencia reiterada sobre los créditos cedidos podría afectar gravemente a los resultados empresariales de la actividad de *factoring*. Es por ello que podría darse la resolución de todo el contrato de *factoring* cuando se produzca un incumplimiento del cliente en este sentido<sup>272</sup>.

Como medio para que el factor pueda comprobar la veracidad y legitimidad de los créditos cedidos se suele establecer la obligación del cliente-cedente de facilitar a aquél la información y documentación que se le solicite sobre su respectiva situación económica, patrimonial y contable, así como los documentos originales y justificativos de los créditos que se le requieran<sup>273</sup>.

#### **2.4. Asunción del impago del deudor cedido**

El otro supuesto de responsabilidad del cedente en la operación de *factoring* es la del impago de los créditos por parte del deudor cedido, que puede tener su fundamento en razones de muy diversa índole.

La responsabilidad del cliente-cedente ante el impago del deudor cedido va a depender de la modalidad pactada. En el *factoring* impropio o con regreso, el factor no asume ningún riesgo con respecto a las consecuencias que puedan derivarse del impago del crédito en el momento de su vencimiento, siendo toda la responsabilidad asumida

---

<sup>272</sup> Se establece de esta forma en el contrato de *factoring* de BBVA FACTORING, en el que se recoge como causa de resolución del contrato «*el incumplimiento de cualquier obligación que incumba al cedente según el presente contrato*» (cláusula 16ª). Debido a que se recoge en su cláusula primera que el cedente se obliga a responder de la exigencia y legitimidad de los créditos, si ello se incumple podría conllevar su resolución. De igual forma, en el contrato de *factoring* de LA CAIXA (cláusula 15ª) se determina la resolución del contrato por la «*inoperancia o inexistencia de cesiones de créditos a “La Caixa” durante un plazo superior a noventa días*». A nuestro parecer, en el término «inoperancia» está incluido la falta de existencia o de legitimidad del crédito, por lo que podría resolverse el contrato por este motivo.

<sup>273</sup> Cláusula 9 del contrato de *factoring* de LA CAIXA; cláusula 8.i del contrato de *factoring* de BBVA FACTORING.

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

por el cliente-cedente<sup>274</sup>. En consecuencia, la falta de pago por parte del deudor cedido hará exigible la obligación de restitución a cargo del cliente-cedente<sup>275</sup>.

En el *factoring* propio o sin regreso la responsabilidad del cliente por el impago del deudor cedido se ve limitada, ya que la empresa de *factoring* asume la responsabilidad por la insolvencia del deudor. Ahora bien, se debe tener en cuenta que no siempre la insolvencia del deudor cedido supone una exoneración de la responsabilidad del cliente-cedente, pues tienen que haberse cumplido los requisitos y condiciones que establece el contrato en este sentido. Se suele establecer, para que se produzca la asunción del riesgo de insolvencia por parte de la empresa de *factoring*, que el cliente haya cumplido todas las obligaciones expuestas en el contrato, que el crédito reúna los requisitos contemplados, que el cliente-cedente haya prestado su colaboración para el cobro del crédito, que el deudor haya sido aprobado, que el crédito haya entrado dentro de los límites de la clasificación dada por el factor... También en los contratos se establece la determinación de cuando existe insolvencia, fijándose en la mayoría que aquella existe cuando el deudor haya sido declarado en concurso mediante sentencia judicial firme. Se debe tener en cuenta que esta responsabilidad de la sociedad de *factoring* no tiene que ser total, sino que puede estar sujeta a un límite general o a un límite específico para cada deudor<sup>276</sup>.

Siguiendo con el *factoring* propio o sin regreso, en los demás casos en los que el impago se produzca por causas ajenas a la insolvencia del deudor cedido, la consecuencia será la misma que en caso de impago en la modalidad del *factoring* impropio o con regreso: el factor podrá exigir la obligación de restitución a cargo del cliente-cedente. Recordemos que el factor sólo asume la eventualidad del impago del deudor por causa de insolvencia, sin asumir la falta de pago por otros motivos<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 320; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 865.

<sup>275</sup> Tal y como hemos establecido en este trabajo (*vid.* nota núm. 129) el contenido de la obligación de restitución del cedente consiste en el nominal del crédito anticipado.

<sup>276</sup> *Vid. supra* apartado 4.2 del capítulo segundo.

<sup>277</sup> *Vid.* contrato de *factoring* de BBVA FACTORING, cláusula novena. En ella se establece que «*el Factor asume el riesgo de la insolvencia de los deudores de los créditos cedidos hasta el porcentaje*

## **2.5. Notificación de la cesión**

En los contratos de *factoring* se establece, como otra obligación que recae sobre el cedente, la de comunicar la cesión efectuada a los distintos deudores. Ahora bien, dicha comunicación no puede entenderse como un elemento constitutivo de la cesión y ni siquiera de eficacia frente al deudor, tal y como ha aclarado nuestra más importante doctrina, así como la jurisprudencia<sup>278</sup>.

Se hace preciso destacar que la comunicación al deudor de la cesión no tiene en nuestro Derecho carácter formal, bastando con cualquier medio que suponga poner en conocimiento del deudor la transferencia (art. 347 CCom)<sup>279</sup>. Dicha comunicación suele establecerse en los contratos mediante diferentes técnicas, no siempre idénticas, pero siempre con la forma de una notificación escrita. Esta notificación funciona como simple medio de vincular al deudor con el cesionario, nuevo acreedor. La cesión de

---

*señalado en las condiciones particulares de este contrato (...) concurriendo los siguientes requisitos: (...) g) que el impago del crédito obedezca a la insolvencia del deudor, con exclusión de motivos contractuales entre aquél y el cedente o cualesquiera otros». Asimismo, vid. cláusula octava del contrato de factoring de LA CAIXA – de la que destacamos su farragosa redacción –: «La Caixa no asume el riesgo de insolvencia del deudor, cuando no se cumplan las condiciones estipuladas anteriormente y además: (...) b) si el deudor impagara el crédito por motivos distintos al de su insolvencia».*

<sup>278</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1064, el cual señala que «carece de buen sentido que la eficacia transmisiva de la cesión dependiese de un hecho perteneciente a la esfera psíquica interna de un tercero, como lo es el conocimiento de la misma por el deudor cedido (...) debe afirmarse de manera rotunda que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido (...) sin necesidad de que le haya sido notificada ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio». Destaca esta tesis el autor DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 981. En cuanto a la jurisprudencia, subrayamos la STS de 23 de junio de 1983, (RJ 1983\3682), que establece que «cuando el párrafo segundo del artículo 347 CCom previene que el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación (...) dicho precepto no establece que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, sí que tan solo la manera de obligarle con el nuevo acuerdo, al sólo efecto de que no se repute pago legítimo desde aquel acto al que se hiciera a favor del cedente». En este mismo sentido se pronuncian la STS de 26 de marzo de 2007, recurso núm. 2123/2000, (RJ 2007\2347) y la STS de 23 de julio de 2007 (RJ 2007\4698), entre otras.

<sup>279</sup> En palabras de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 118, «nuestra legislación solo se preocupa de una cosa: que el deudor tenga conocimiento de la cesión, es decir, que sepa o esté enterado de que la cesión ha tenido lugar. Los medios por los cuales haya llegado a tener tal conocimiento son indiferentes». Asimismo, EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 73. En el caso italiano, la doctrina también afirma que es suficiente cualquier tipo de comunicación para dar cumplimiento al artículo 1264 del *Codice Civile*, siempre que sea idónea para dar a conocer al deudor los elementos esenciales de la cesión. Con respecto al cambio por la jurisprudencia italiana de una tesis rigurosa, que consideraba necesaria la notificación de la cesión por un funcionario judicial, a otra más flexible vid. FAUCEGLIA, G., «El contrato de “factoring” en la práctica italiana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 72, 1986-1987, p. 221.

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun en contra de su voluntad. Lo que sucede es que el pago hecho por el deudor de buena fe, por desconocer la transmisión del crédito, al que sigue apareciendo como su originario titular, tiene plenos efectos liberatorios para él en virtud de los artículos 347 CCom y 1527 CC, estableciendo este último precepto que «*el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisface al acreedor, quedará libre de la obligación*». Ahora bien, en todo caso, el pago hecho al antiguo acreedor – esto es, al cedente – se tratará de un cobro de lo indebido, que obliga a aquél a hacer entrega al cesionario (en este caso, el factor) de cualquier cantidad recibida que tenga relación con los créditos que se cedieron<sup>280</sup>. Por tanto, en ese supuesto, será el cedente un mero depositario de los cobros percibidos.

Así, el resultado al que conduce la citada notificación no es otro que el de obligar al deudor cedido con el nuevo acreedor, no siendo, por tanto, presupuesto de la cesión. De hecho, no debemos olvidar que existe una modalidad de *factoring* en la que no existe notificación (*non notification factoring*) a la que el cliente puede acudir por su propio interés. En definitiva, los artículos 347 CCom y 1527 CC se enmarcan como medida de protección al deudor cedido, que resulta, tal como afirma la doctrina<sup>281</sup>, necesaria, precisamente por el hecho de que la cesión de créditos puede ser plenamente eficaz *erga omnes* sin conocimiento de la misma por el deudor.

Es contenido típico de los contratos de *factoring* la realización de dos notificaciones:

- La primera se refiere a la exigencia del cedente de comunicar a los deudores cedidos la existencia del contrato de *factoring*, advirtiéndoles que, a partir de ese momento, es la entidad de *factoring* la legítima acreedora de los créditos

---

<sup>280</sup> Se establece en los contratos de la práctica la restitución al factor de las cantidades cobradas por el cedente que tengan relación con los créditos cedidos como una obligación de éste (cláusula octava.d del contrato de BBVA FACTORING; cláusula 7.5 del contrato de LA CAIXA). En el contrato de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, incluso se señala que si un deudor, después de ser notificado de la cesión, incumple aquella y paga al cedente en lugar de al factor, puede ser excluido del contrato (cláusula 7.2), práctica que nos parece, cuanto menos, excesiva.

<sup>281</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1066.

comerciales que se establezcan en el contrato<sup>282</sup>. Habitualmente se establece el procedimiento a seguir en la realización de esta comunicación, así como un escrito modelo que debe ser firmado por el cedente y enviado a los deudores cedidos<sup>283</sup>.

- La segunda se refiere a la comunicación al deudor, una vez que ha nacido el crédito, de que el mismo está comprendido dentro de los que se cedieron al factor. Se realiza mediante la inclusión de una «cláusula de cesión» en las facturas que extienda el cliente-cedente a cargo de los deudores, en la que se indica que el pago debe realizarse al factor, el cual ostenta la titularidad del crédito<sup>284</sup>.

En cuanto a estas comunicaciones se ha discutido cuál de ellas se puede considerar como una auténtica «comunicación de la cesión» que provoque la destrucción de la presunción de desconocimiento existente a favor del deudor cedido. Desde luego, conocer el momento exacto en el que se produce la «verdadera notificación» es de gran importancia en el ámbito de las excepciones personales oponibles por el deudor a la entidad de *factoring*. Algunos autores determinan que es la segunda comunicación la que provoca ese efecto, debido a que, cuando se realiza la primera, el crédito aún no ha nacido y las circunstancias en torno a la existencia del contrato de *factoring* pueden variar, e incluso el mismo contrato desaparecer antes de que nazcan los créditos en cuestión<sup>285</sup>. Sin embargo, no creemos que esta sea la solución correcta, sino que

---

<sup>282</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 862.

<sup>283</sup> *Vid. ad. ex.* el contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, en el que se establece un «escrito modelo» para realizar dicha comunicación, así como la obligatoriedad de que el mismo sea enviado al deudor mediante forma fehaciente (cláusula 4.1). De forma similar se establece en el contrato de *factoring* de LA CAIXA, señalando su cláusula 7.2 que «*el cliente se obliga a notificar al deudor la existencia del presente contrato, utilizando para ello el modelo y procedimiento indicados en cada caso por La Caixa*».

<sup>284</sup> Así se establece en todos los contratos de *factoring* que disponemos para la investigación. En algunos de ellos se señala el texto a incluir en la factura (es el caso de BBVA FACTORING – cláusula decimotercera –, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO – cláusula 4.1 – y LA CAIXA – cláusula 7.3 –) y en otros se deja a libertad del cliente-cedente (BANCO PICHINCHA ESPAÑA– cláusula 4.7 –).

<sup>285</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 319. Parece sostener la misma opinión ORBAÑANOS LLANTERO, F., «El contrato de *factoring*. Análisis pormenorizado de las cláusulas más frecuentes», AA.VV., *Jornadas sobre factoring*, Madrid, 1992, p. 86: «*la notificación de los contratos de factoring se lleva a cabo, principal y fundamentalmente, en la propia factura emitida por*



abogamos por la tesis contraria defendida por otro sector doctrinal<sup>286</sup>, el cual considera que el hecho de que se le comunique al deudor en el momento del nacimiento del crédito que el mismo está comprendido dentro de los que se cedieron a favor del factor no implica, en sentido estricto, una notificación o puesta en conocimiento como la exigida en el artículo 347 CCom, sino que no es más que la memoria de lo ya cedido; es decir, que ese crédito al que va referido tal noticia, ahora que ya es existente, fue cedido al factor. Por tanto, la «verdadera notificación» es aquella en la que se pone en conocimiento a los deudores cedidos del hecho de la cesión, o lo que es lo mismo, de la existencia del contrato de *factoring*.

Por último, destacamos que si el deudor tiene real y efectivo conocimiento de la cesión, al margen de la actividad del cedente (esto es, sin haberse realizado comunicación alguna), sólo se libera de su deuda pagando al cesionario<sup>287</sup>. Ello es así porque el artículo 1527 CC se refiere al deudor de buena fe.

## 2.6. Remuneración a la sociedad de *factoring*

En la operativa del *factoring*, el factor desarrolla una actividad empresarial específica que debe ser remunerada, ya que se está ante un contrato bilateral, sinalagmático y oneroso. Por tanto, implica siempre la satisfacción de un precio por parte del cliente a cambio de las prestaciones de la entidad de *factoring*. La determinación de aquél depende de cómo se configure el contrato, así como del modo en que se desarrolle. Esto es, el coste real del contrato se establecerá en función de las prestaciones que realice el factor. Por ejemplo, si se efectúan anticipos de los créditos cedidos, cuanto mayor sea el tiempo por el que se solicite, mayor coste conllevará el contrato, como explicaremos en este apartado.

---

*el cliente con cargo al deudor mediante la inclusión de la cláusula de cesión», así como ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 862: «la segunda comunicación es la más relevante».*

<sup>286</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «El contrato de “factoring”», cit., p. 1340.

<sup>287</sup> STS de 19 de febrero de 1993, recurso núm. 1873/1990, (RJ 1993\997); ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., «De la transmisión de créditos y demás derecho incorporales. Artículos 1526 a 1536», cit., p. 2044. Lo expuesto se establece expresamente en el Código Civil italiano, concretamente en el segundo párrafo del artículo 1264: «*Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione*».

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

Es necesario diferenciar dos conceptos principales en los que existe obligación de pago por parte del cliente-cedente: la comisión de *factoring* y los intereses por anticipos. Refiriéndonos a la primera de ellas, ésta remunera la prestación por el factor del servicio de gestión y cobro de los créditos cedidos y, en su caso, de la asunción del riesgo de insolvencia del deudor cedido<sup>288</sup>. Dicha comisión se señala en las condiciones generales de los contratos, especificándose su cuantía en las condiciones particulares. Se devenga en el momento de la cesión de los créditos y suele consistir en un porcentaje sobre el importe nominal de los créditos cedidos: en este caso se puede establecer que se aplique dicho porcentaje sobre el valor global de la cartera de créditos cedida dentro de un periodo de tiempo determinado o sobre cada crédito individual, siendo lo más común en la práctica esta última opción<sup>289</sup>. En ocasiones la literalidad de algunos contratos adolece de falta de claridad sobre la opción elegida<sup>290</sup>.

La cuantía de la comisión es acordada en función de las circunstancias que rodean a los créditos que se ceden (tipo de cliente, negocio que origina el crédito, características del deudor, características del crédito, grado de riesgo previsible, si se presta o no por parte del factor el servicio de garantía, etc.)<sup>291</sup>. En cuanto al pago de la misma, debido a que lo más habitual es que la comisión se calcule sobre cada crédito cedido, su abono suele producirse mediante el oportuno descuento en la cantidad que se transmite por la entidad de *factoring* al cliente<sup>292</sup>. Por tanto, la satisfacción de la comisión puede tener lugar en momentos diferentes según exista o no una anticipación del crédito por parte del factor. Si no existe anticipo, la comisión suele liquidarse cuando el factor cobre el crédito cedido, detrayéndola de dicho importe antes de transmitírselo al cliente-cedente.

---

<sup>288</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 324; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., ARIAS VARONA, J., FERNÁNDEZ GALLEGO, A., FREIRE COSTAS, R., GARNACHO CAVANILLAS, L., «Formularios usados en la práctica española», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 28; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1256.

<sup>289</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 866. Se establece de esta forma en el contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO (cláusula 9.1).

<sup>290</sup> *Vid.* cláusula tercera del contrato de BBVA FACTORING.

<sup>291</sup> FAUCEGLIA, G., «El contrato de “*factoring*” en la práctica italiana», cit., p. 204, ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., *Formularios prácticos. Contratos Mercantiles 2015*, cit., p. 571.

<sup>292</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 866.

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

Si existe anticipo (como suele ser habitual), éste se realizará con la detracción de la cuantía de la comisión<sup>293</sup>.

En cuanto al otro concepto remuneratorio, el pago de intereses, viene vinculado al aspecto financiero. Cuando el factor anticipa los créditos cedidos al cliente cedente, se genera para este último la obligación de pagar intereses. Su fijación se establece en las condiciones generales del contrato (el tipo de interés de referencia suele ser el EURIBOR<sup>294</sup>) y su cobro suele establecerse trayéndose de la cuantía que se anticipa<sup>295</sup>. Por lo general se devengan por el tiempo que transcurra desde el día de la puesta a disposición al cliente del anticipo hasta el día del vencimiento del crédito<sup>296</sup>. En ocasiones se establece que, si llegada la fecha del vencimiento de los créditos no se hubiera producido el cobro de aquéllos, el factor puede proceder a realizar sucesivas liquidaciones de intereses como consecuencia de la prórroga, denominado «tipo de

---

<sup>293</sup> Así se establece en el contrato de *factoring* BBVA FACTORING, donde se dispone que el factor entregará «el precio» de los créditos cedidos al cliente-cedente menos la remuneración que le corresponde percibir (esto es, la comisión de *factoring*) y liquidará dicha cuantía cuando se cobre los créditos cedidos del deudor, sin perjuicio de que puedan solicitarse anticipos por el cliente cedente (cláusula tercera). Asimismo, *vid.* contrato de *factoring* de LA CAIXA, cláusula 11.

En cuanto a la doctrina, explican cuándo se produce el momento de satisfacción de la comisión MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., ARIAS VARONA, J., FERNÁNDEZ GALLEGO, A., FREIRE COSTAS, R., GARNACHO CAVANILLAS, L., «Formularios usados en la práctica española», cit., p. 28; SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 325; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 866.

<sup>294</sup> *Vid.* contrato de *factoring* BBVA, condición particular núm. 9; contrato de *factoring* BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, cláusula núm. 5.2.1; contrato de *factoring* de LA CAIXA, cláusula núm. 11.

<sup>295</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 326; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 867; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., ARIAS VARONA, J., FERNÁNDEZ GALLEGO, A., FREIRE COSTAS, R., GARNACHO CAVANILLAS, L., «Formularios usados en la práctica española», cit., p. 32. En los contratos de *factoring* de la práctica, *vid. ad. ex.* cláusula undécima, apartado C del contrato de la CAIXA: «*El interés se cobrará en el momento de efectuar cualquier pago a cuenta de los créditos cedidos – esto es, anticipo –*».

El profesor GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 749, califica el *interussurium* como un interés retributivo percibido de forma anticipada (*vid.* también p. 745: «*su percepción – se refiere al interussurium – se produce de forma anticipada, en el momento de puesta a disposición del descontatario de la suma anticipada*»). Asimismo, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, 2ª edición, Madrid, 1975, p. 285: «*El pago de los intereses a causa del mecanismo propio de la operación de descuento se realiza anticipadamente por el prestatario*».

<sup>296</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 867. *Vid.* cláusula 5.4 del contrato de *factoring* BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO y cláusula 11 del contrato de LA CAIXA.

interés de ajuste»<sup>297</sup>. Por tanto, en los casos en que se produzcan retrasos en el pago del crédito por parte del deudor, el cliente podría afrontar el desembolso de unos intereses adicionales.

En definitiva, hay que tener en cuenta que si para el cliente el anticipo de fondos constituye una fuente de financiación, para el factor constituye una fuente de ingresos distinta a la comisión de *factoring*, pues por el dinero anticipado cobrará los intereses correspondientes<sup>298</sup>.

## **2.7. Pacto de cuenta corriente**

Con el fin de regular un movimiento continuo de prestaciones monetarias y crediticias, propias de un contrato de duración y de índole netamente financiera como el *factoring*, es usual que en los contratos se establezca un pacto de cuenta corriente entre las partes<sup>299</sup>. Es necesario destacar que la denominación «cuenta corriente» lleva en sí el germen de una enorme imprecisión, pues designa, a veces, un contrato específico que recibe también este mismo nombre y, a veces, una mera situación de contabilidad que no implica contrato especial alguno<sup>300</sup>. A esto último es a lo que nos referimos, a la

---

<sup>297</sup> Cláusula 11.C) del contrato de *factoring* de LA CAIXA. Sobre el tema, *vid.* SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 326; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 867; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., ARIAS VARONA, J., FERNÁNDEZ GALLEGO, A., FREIRE COSTAS, R., GARNACHO CAVANILLAS, L., «Formularios usados en la práctica española», cit., p. 32.

<sup>298</sup> ORBAÑANOS LLANTERO, F., «El contrato de *factoring*. Análisis pormenorizado de las cláusulas más frecuentes», cit., p. 93.

<sup>299</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «*Factoring*», cit., p. 78; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de *factoring**, cit., p. 68, FAUCEGLIA, G., «El contrato de “*factoring*” en la práctica italiana», cit., p. 205, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit., p. 1260; BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e *factoring**, cit., p. 76; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de *factoring* y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 101.

<sup>300</sup> Esta distinción la realiza GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 117. El hecho de que bajo idéntica denominación se designen dos relaciones distintas llevó a la doctrina francesa a identificar una y otra, aplicando a toda cuenta corriente bancaria las normas propias del contrato de cuenta corriente mercantil. Un sector de la doctrina italiana anterior a la codificación de 1942 reaccionó contra esta asimilación separando netamente ambas relaciones (GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 118). Asimismo, sobre el tema, *vid.* GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 776: «*España e Italia permanecen apegadas a la tradicional distinción entre cuenta corriente mercantil (u ordinaria) y cuentas corrientes bancarias, y que tal distinción se hace sobre la base de criterios negativos: las cuentas corrientes bancarias serían aquellas de las que se encuentran ausentes ciertas notas que, por el contrario, concurren en la cuenta corriente ordinaria y sirven para caracterizarla.*»

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

cuenta corriente mercantil, y no al contrato bancario de cuenta corriente. El pacto de cuenta corriente mercantil facilita la liquidación de las múltiples operaciones realizadas entre dos comerciantes determinados, de manera que solo se tenga que abonar el saldo resultante a favor de uno de ellos, quedando compensadas el resto de las partidas. Se caracteriza por la exclusión de la disponibilidad de los créditos a los que afecte, aplazando su liquidación hasta el momento pactado, pudiendo establecerse al fin del contrato (cierre de la cuenta) o periódicamente, en las fechas convenidas. Ello implica realmente una «recíproca concesión de crédito»<sup>301</sup>.

Algún autor<sup>302</sup> ha destacado que la adopción de este sistema resulta idónea en una operación de *factoring*, por el carácter global y masivo en que se desenvuelven las relaciones entre el factor y el cliente. La situación de la cuenta corriente puede ser más o menos amplia, ya que pueden fijarse comprendidos en ella todos los créditos que se originen del contrato, o bien establecerse qué concretos créditos surgidos del mismo deben ingresar en dicha cuenta<sup>303</sup>. Ahora bien, en los contratos de *factoring* consultados en la práctica la relación de cuenta corriente entre las partes se regula de una forma

---

<sup>301</sup> Tal y como destaca SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. 2, 37ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 381, «nuestro Tribunal Supremo ha definido este contrato diciendo que es “un contrato mercantil por el que dos personas, generalmente comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco, en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquélla cerrada en la fecha convenida”».

<sup>302</sup> ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 101.

<sup>303</sup> Así, ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 103, determina que «el ámbito a que la situación creada por la cuenta alcanza, puede ser más o menos amplio, porque pueden fijarse qué concretos créditos deberán ingresar en la cuenta – por remisión a los negocios que puedan engendrarlos – o entender comprendidos en ellas todos los créditos que se originen como consecuencia de las relaciones entre las partes». También se pronuncia en el mismo sentido, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 776, que indica la posibilidad de afectación de la totalidad de un contrato a los efectos derivados de la cuenta, o bien afectar, de forma aislada, a uno o más créditos y deudas, de los nacidos como consecuencia de la celebración del contrato mismo.

Con relación a lo expuesto, nos parece relevante destacar que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil regula por primera vez, en su artículo 579-1, el contrato de cuenta corriente mercantil, determinándose que por este contrato «las partes se obligan a anotar en la cuenta los créditos y entregas derivados de las relaciones negociales mutuas que se hayan incluido, siendo exigible únicamente el saldo que por compensación presente aquélla, a favor de uno y otro de los contratantes, en el momento de su cierre».

confusa y farragosa, que impide que deduzcamos con claridad cuáles son los créditos incluidos en ella<sup>304</sup>. Lo que sí podemos afirmar es que en la práctica los anticipos realizados por el factor no están afectados por la cuenta corriente, determinándose en los contratos que se otorgarán tras la petición del cliente-cedente<sup>305</sup>.

El efecto esencial de la cuenta corriente es la fusión de todos los créditos a los que afecta en un crédito único, resultante del saldo final. Los créditos pierden al entrar en la cuenta su individualidad propia, para convertirse en simples partidas del «Debe» o del «Haber», de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único exigible en la cuenta convenida<sup>306</sup>. La liquidación por diferencia que la cuenta corriente supone encierra sustancialmente una compensación convencional realizada en fecha fija entre todos los créditos, de la cual resultará un crédito (saldo) a favor de alguna de las partes<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> Por ejemplo, en el contrato de *factoring* de LA CAIXA, y específicamente en su cláusula 7.6, se establece expresamente como cantidades temporalmente indisponibles para el cedente una parte de los créditos cedidos (esto es, una parte no entregada al cedente de la cartera de créditos cedidos objeto de financiación – lo que significa que en este caso el anticipo no es del 100% –), el importe de los créditos cedidos sin financiación y otras cantidades que obren en poder del factor (aquí adolece de oscuridad la cláusula porque no especifica cuáles), quedando afectas al resultado de la liquidación de la cuenta corriente. Pero en cuanto a las cantidades indisponibles para el factor, el contrato no las establece con claridad, pareciendo tratarse de algunas de las contraprestaciones que podría recibir por los servicios prestados (comisiones suplementarias). Como puede verse, los contratos de la práctica arrojan oscuridad en cuanto al pacto de cuenta corriente, regulándolo de forma tediosa y desordenada.

<sup>305</sup> *Vid. ad. ex.* cláusula duodécima del contrato BBVA FACTORING; anexo 2 del contrato de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO; cláusula 7.4 del contrato de LA CAIXA.

<sup>306</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 118. También se refiere a la pérdida de individualidad de los créditos que se encuentran bajo el pacto de cuenta corriente mercantil la SAP Barcelona de 26 de marzo de 2014, recurso núm. 533/2013, (AC\2014\539). Contra lo expuesto se pronuncia ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 104, que establece que el crédito, al convertirse en partida de la cuenta, no pierde su individualidad, porque «este continua como escondido tras el asiento que lo representa, y siempre está pronto a reaparecer con su modalidad o sus vicios, afectando al asiento a que dio lugar en la cuenta». Continúa diciendo que «lo que pierde el crédito, en lo que se modifica, es en sus caracteres accesorios: su inmediata exigibilidad, sus especiales garantías, etc., pues todo ello se somete a la regulación que impone la cuenta corriente a la conducta de las partes respecto a los créditos que en ella se ingresan». Precisamente por la pérdida de sus caracteres accesorios creemos que el crédito pierde su individualidad, ya que la renuncia a la exigibilidad de los créditos aislados es consecuencia de aquélla, tal y como señala GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 118.

<sup>307</sup> ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 105. En el mismo sentido, SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 327.

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

Sentado lo anterior, es importante destacar que las partes pueden pactar que con el contrato de *factoring* se concluya paralelamente un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria<sup>308</sup>. Aquí ya no nos referimos al pacto de cuenta corriente mercantil, sino al contrato de *factoring* coligado a un contrato bancario, como es el de apertura de crédito, estando éste instrumentado en una cuenta corriente bancaria. El sistema permite la máxima agilidad, ya que el cliente-cedente puede disponer del crédito abierto hasta el límite fijado. La suma máxima del crédito concedido vendrá determinada por la cartera de créditos cedida y los márgenes pactados en el contrato<sup>309</sup>. Si se realiza la conexión de estos contratos, el cliente evita tener que realizar solicitudes de anticipos sobre el importe de los créditos que han sido cedidos, ya que puede disponer de la cantidad concedida directamente por la línea de crédito. El contrato de apertura de crédito cumple en este caso una función instrumental respecto del *factoring*. Destacan algunos autores<sup>310</sup>, que esta operativa de contratos coligados es la que aparece en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2004<sup>311</sup>.

Algún autor<sup>312</sup> que hace referencia a esta conexión de contratos expone que para el desenvolvimiento del contrato de *factoring* se requiere la celebración del contrato de

---

<sup>308</sup> Esta posibilidad se destaca por LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., pp. 75 y ss.; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 853.

<sup>309</sup> Sobre el tema, *vid.* LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., pp. 75 y ss.

<sup>310</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., pp. 75 y ss. (específicamente nota núm. 25); ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 853.

<sup>311</sup> STS de 6 de octubre de 2004, (RJ 2004\5986). En el Fundamento de Derecho primero se realiza una descripción detallada de las cláusulas que componen el contrato, estableciéndose en la cláusula primera cómo se desarrolla la operativa de estos contratos coligados: «*mediante la cesión de los créditos se transmitía a la cesionaria la plena propiedad de aquéllos a cobrar de los deudores por la actividad mercantil de la cedente. En base a estas actuaciones y cesiones, la cesionaria abría una línea de crédito a la otra parte para que pudiera disponer de unos anticipos financieros sobre la cartera de créditos cedidos pendientes de cobro, línea que podía tener un máximo del 90% sobre el nominal de la cartera hasta el límite de 45 millones de pesetas, y su efectividad, por la cedente, se haría en una cuenta corriente bancaria que se señalaba, cuyo movimiento se llevaría en la cuenta que controlaría la cesionaria, y los saldos deudores que la misma produjera diariamente producirían para la cesionaria el interés que se indicaba en las condiciones particulares anexas, que aumentarían si se produjera un exceso del límite concedido, produciéndose en este caso una suspensión de su disposición hasta que se normalizara el límite convenido*».

<sup>312</sup> RUBÉN DE LA RICA, A., «Contrato de factoring y quiebra», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 25, 2004, p. 268.

apertura de crédito en cuenta corriente bancaria. El mismo hace referencia a un contrato tipo de la asociación italiana de *factoring* ASSIFACT, en el que al parecer se contempla dicha combinación<sup>313</sup>. No obstante, si bien esta opción facilita la operación, otorgándole agilidad, recalamos que sólo es una posibilidad, no siendo requisito ni parte esencial del acuerdo<sup>314</sup>. El que se establezca en un determinado contrato tipo no significa que deba ser una condición para el desarrollo de la operativa de *factoring*.

## **2.8. Otras obligaciones**

Junto con todas las expuestas, el contrato de *factoring* impone al cliente el cumplimiento de otras obligaciones, como la de informar al factor de cualquier hecho o circunstancia que pudiese afectar a su relación con los deudores cedidos (por ejemplo, si el deudor le ha comunicado que existen defectos en la mercancía recibida o incumplimiento del plazo de entrega). Ello se explica en relación con la posible oponibilidad de estas circunstancias por parte del deudor al cesionario (factor) en el momento que éste le requiera el pago<sup>315</sup>. En algunos contratos esta situación viene identificada como «disputa comercial» y su acontecimiento puede conllevar incluso a la anulación de la cesión del crédito referente a la controversia<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> No establece el autor a qué año se refiere el contrato tipo consultado. En nuestra búsqueda hemos hallado que la asociación italiana de *factoring* ASSIFACT dispone en su web de un documento, denominado «Elementos bases del contrato de *factoring* (versión del 12 de octubre de 2017)» (<http://assifact.it/wp-content/uploads/2017/10/Elementi-di-base-del-contratto-di-factoring.pdf>) – fecha de consulta: 9 de octubre de 2020 –, que representa, según su introducción, una recolección de elementos base del contrato de *factoring* y de las cláusulas contractuales más difusas, informándose que dicho documento tiene carácter informativo y en ningún caso vinculante. En lo referente al servicio de financiación, se indica que pueden establecerse diferentes configuraciones: «*Vi sono operazioni realizzate con la logica dello sconto, nelle quali il pagamento è effettuato al momento della cessioni e quindi non è prevista né necessaria l'anticipazione, oppure, all'opposto, operazioni realizzate con una logica più vicina a quella bancaria, nelle quali, pur rimanendo forte il legame autoliquidante con l'andamento del credito sottostante, sono previste anche richieste di restituzione meno condizionate e vincolate...*» (p. 16). Por otro lado, CLARIZIA, R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Turín, 2002, pp. 440 y ss., resume las condiciones generales del contrato de *factoring* de la compañía italiana «Factorit s.p.a», no estando presente en el mismo la combinación del contrato de *factoring* con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

<sup>314</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 853.

<sup>315</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1260.

<sup>316</sup> Es lo que se dispone en la cláusula décima del contrato de *factoring* de BBVA FACTORING.



## Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

Como otra obligación del cliente destacamos que no puede pactar con el deudor ninguna variación con relación a los créditos cedidos (como por ejemplo, conceder bonificaciones, descuentos, aplazamientos...) <sup>317</sup>. No debemos olvidar que aunque el cliente-cedente sea parte de la relación comercial base con el deudor-cedido, al celebrarse el contrato de *factoring* en su modalidad de cesión global anticipada de créditos futuros es subrogado en su posición jurídica, no pudiendo por tanto realizar modificaciones sobre los créditos en cuestión.

También se suele expresar en los contratos el deber de asistencia que recae sobre el cliente-cedente con respecto al factor en el caso de que éste ejerza sus derechos en litigio. En este caso el cliente se obliga a aportar al factor toda la documentación que le fuera necesaria o simplemente útil <sup>318</sup>.

### 3. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE *FACTORING*

Con relación a las obligaciones de la sociedad de *factoring*, es habitual que los contratos las estipule con mayor brevedad en comparación con las obligaciones del cliente-cedente. Ello se explica porque los contratos son redactados por las entidades de *factoring* y es frecuente que su contenido se oriente sobre todo a las obligaciones del cliente y no a las de la entidad <sup>319</sup>.

Debido a que ya se detallaron al principio de este trabajo las funciones del contrato de *factoring*, y como éstas coinciden con las obligaciones del factor, nos remitimos a lo ya expuesto en todo lo que no se exprese en el presente apartado, al objeto de evitar reiteraciones <sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> Así se establece en la cláusula 8.b del contrato de *factoring* de BBVA FACTORING y en el Anexo III del contrato de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.

<sup>318</sup> *Vid. ad. ex.* cláusula 8.f del contrato de *factoring* de BBVA FACTORING y cláusula cuarta del contrato de BANCO PICHINCHA ESPAÑA.

<sup>319</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 850.

<sup>320</sup> Las funciones del contrato de *factoring* se tratan en el apartado 3 del capítulo segundo.

### **3.1. Gestión de los créditos cedidos**

La empresa de *factoring* se obliga a desarrollar, respecto de los créditos adquiridos, un servicio de contabilidad, cobro y gestión. Suele incluir el control y seguimiento de los créditos cedidos, la comunicación directa con los deudores, la notificación al cliente de cualquier incidencia que pueda surgir en relación con su cobro y la información periódica al cliente-cedente de su situación contable con respecto a los créditos que han sido cedidos<sup>321</sup>.

Como señala la doctrina, la valoración de la prestación de este servicio es bastante positiva, ya que le permite al cliente un ahorro de los costes, a la vez que permite una simplificación contable, pues la pluralidad de las cuentas con clientes se sustituyen por una única frente a la entidad de *factoring*. En definitiva, se elimina el problema de tener que abrir una cuenta para cada cliente, y los subsidiarios de gestión derivados de la verificación, resumen y balance de estas cuentas<sup>322</sup>.

### **3.2. Anticipo del importe de los créditos**

Esta obligación del factor permite al cliente obtener anticipos sobre la suma de los créditos cedidos. Se suele configurar en los formularios como un derecho del cliente-cedente a solicitar dicha percepción y como una obligación del factor el otorgarla, siempre que se refiera a los créditos determinados en el contrato o provenientes de deudores previamente aprobados<sup>323</sup>. Sin embargo, la financiación en el contrato de *factoring* puede tener otras configuraciones. Por ejemplo, en algunos contratos se establece el abono de anticipos como algo automático, a medida de que la sociedad de *factoring* reciba las facturas correspondientes a los créditos que ya han sido cedidos por

---

<sup>321</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1262.

<sup>322</sup> GARCÍA-CRUCES, GONZÁLEZ, J.A., en «El contrato de “*factoring*”», cit., p. 1279 y en *El contrato de factoring*, cit., p. 49.

<sup>323</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 85; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., ARIAS VARONA, J., FERNÁNDEZ GALLEGO, A., FREIRE COSTAS, R., GARNACHO CAVANILLAS, L., «Formularios usados en la práctica española», cit., p. 32. EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «*Factoring*», cit., p. 59, califica la prestación de anticipar los créditos como generalizada en los contratos, si bien sin carácter automático.

#### Capítulo cuarto. Obligaciones de las partes del contrato

parte del cliente-cedente<sup>324</sup>. También hay que tener en cuenta la posibilidad de que el contrato de *factoring* vaya coligado con un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria<sup>325</sup>.

En cuanto a los contratos consultados, los cuales contemplan, en su mayoría, el acceso al anticipo mediante solicitud previa del cliente-cedente, la puesta a disposición de aquél se suele configurar de la siguiente forma: tras la petición del cliente, el factor abonará en la cuenta bancaria que aquél señale el importe correspondiente sobre el nominal de los créditos cedidos en un plazo de tiempo breve, existiendo la posibilidad en algunos contratos de la entrega del anticipo en el día indicado por el cliente en su solicitud<sup>326</sup>. Normalmente se suele establecer un límite individual por deudor cedido, por lo que el factor no estará obligado a anticipar cantidad alguna por encima del mismo. No obstante, dicho límite puede ser rotativo. También puede existir un límite máximo global del contrato<sup>327</sup>.

En definitiva, la financiación que proporciona la empresa de *factoring* redonda en una mejora de liquidez y de tesorería del cliente, quien ve considerablemente reducidos los periodos que median entre sus flujos monetarios negativos (pago a sus acreedores) y positivos (cobro de sus deudores). En otros términos más económicos, se produce una considerable reducción del ciclo de rotación del fondo de activo circulante<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> Es el caso del contrato de *factoring* de BANCO PICHINCHA ESPAÑA (cláusula segunda), que establece que el factor, a medida de que vaya recibiendo las facturas por parte del cedente, le entregará, dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción, el importe correspondiente de cada factura entregada.

<sup>325</sup> *Vid. supra* apartado 2.7 de este capítulo cuarto.

<sup>326</sup> *Vid.* anexo 2 del contrato de *factoring* del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.

<sup>327</sup> En el contrato de *factoring* de BBVA, cláusula cuarta, se establece dobles límites para cada deudor individual: un límite rotativo, para el cual se considera la suma de los créditos cedidos que se encuentren pendientes de cobro; y un límite ocasional para cada deudor, para el cual se considera la suma de todos los créditos cedidos, pendientes o no de cobro, no estando el factor obligado a anticipar cantidad alguna por encima de dichos límites. A su vez, se establece un límite global rotativo y un límite global circunstancial, que actúan como máximo en la cuantía del contrato.

ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 853, determina como requisito para el anticipo que exista disponibilidad del importe solicitado por el cliente «tanto desde la perspectiva de su situación global frente a la entidad, como desde el punto de vista del límite de crédito admitido por la entidad para cada deudor».

<sup>328</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 45.

### **3.3. Asunción del riesgo de insolvencia de los deudores**

Como ya hemos destacado, la sociedad de *factoring* solo asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos en la tipología de *factoring* propio o sin regreso. Hay que recordar que la asunción del riesgo de insolvencia no se da de forma absoluta e incondicionada, sino que viene delimitada por las estipulaciones del contrato<sup>329</sup>. El factor asumirá el riesgo siempre y cuando el deudor esté dentro de los aprobados y, si existe límite máximo, siempre y cuando no se exceda de aquél.

Al hilo de lo anterior, en cuanto a los deudores que aparecen aprobados en las condiciones particulares, se suele reconocer la facultad de la sociedad de *factoring* para revisar y modificar dicha lista, pudiendo excluir a cualquiera de ellos o ampliar o reducir el límite de riesgo que individualmente hubiese establecido<sup>330</sup>. Se nos ocurre, por ejemplo, que el factor acudirá a la anulación de un deudor cuando éste no cumpla con los pagos requeridos de manera reiterada<sup>331</sup>. Ahora bien, la sociedad de *factoring* no puede hacer uso de esta opción de forma discrecional, ya que ello supondría dejar el contrato al arbitrio de una de las partes, cosa que impide el 1256 CC<sup>332</sup>. Si el factor pudiese rechazar o descalificar a un deudor de forma arbitraria y en cualquier momento el contrato adolecería de incertidumbre e iría en contra de su mayor efectividad. Así lo dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005<sup>333</sup>, que trata de definir en el asunto en cuestión cuál es el momento en el que se produce el cierre a

---

<sup>329</sup> *Vid. supra* apartado 3.2 del capítulo segundo y apartado 2.4 de este capítulo cuarto.

<sup>330</sup> El profesor ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 855, determina que la exclusión de los deudores se realiza cuando éstos dejen de cumplir las condiciones objetivamente fijadas. No obstante, en los contratos de *factoring* que disponemos no se definen las mismas. Es destacable que el contrato de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO establece, en su cláusula 2.1, que las cesionarias pueden decidir la exclusión de deudores «*sin más requisitos que la adopción de la decisión y su comunicación al cedente*».

<sup>331</sup> Así puede entenderse de la cláusula sexta del contrato BBVA FACTORING y de la cláusula séptima del contrato de LA CAIXA.

<sup>332</sup> En el voto particular de la STS de 8 de marzo de 2005, (RJ 2005\3077), realizado por el Magistrado D. José Ramón Fernández Gabriel, se hace referencia a esta cuestión, estableciéndose que, si bien la facultad de descalificación por parte del factor no es incompatible con el *factoring* ni con las normas sobre la eficacia del contrato, ésta no puede depender de la exclusiva voluntad de la entidad de *factoring*, ya que dicho acto sería inválido.

<sup>333</sup> STS de 8 de marzo de 2005, (RJ 2005\3077).

posibles invasiones del factor en cuanto a la descalificación de los deudores. En concreto, el problema surgió por la anulación por parte del factor de un deudor previamente incorporado a la lista tras tener noticia de la admisión de la solicitud de suspensión de pagos de aquél, en un momento que no era procedente según la interpretación judicial del clausulado del contrato.

En ocasiones, la asunción del riesgo de insolvencia por parte del factor coexiste con un seguro de créditos comerciales contra el riesgo de insolvencia de los deudores. Es más, no es extraño que el factor exija, como condición para poder suscribir un contrato de *factoring* sin regreso, la contratación por parte del cliente-cedente del referido seguro con el objetivo de que éste ceda su derecho a cobrar las posibles indemnizaciones (derecho que ostenta como asegurado) a la empresa de *factoring* (lógicamente solo respecto de los créditos que les hayan sido cedidos)<sup>334</sup>. Dicha coexistencia está presente en el caso sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 2001. En él, el cliente-cedente disponía de una póliza de seguro de créditos comerciales, habiendo sido aceptada por la entidad aseguradora la designación de la empresa de *factoring* como beneficiaria del derecho al cobro de las eventuales indemnizaciones derivadas del mismo (esto es, se produjo la cesión del derecho del asegurado a cobrar las indemnizaciones derivadas del contrato de seguro)<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> En el precontrato de BBVA FACTORING para un *factoring* global sin regreso y sindicado se indica como requisito la existencia de dos seguros de créditos comerciales, uno principal y otro subsidiario, donde el asegurado sea el cliente-cedente y la empresa de *factoring* sea aceptada por las entidades aseguradoras como beneficiaria del derecho al cobro de las eventuales indemnizaciones derivadas del mismo (p. 3, apartado «*garantías*»).

<sup>335</sup> En dicha sentencia se plantea el problema que surge al haberse designado a la entidad de *factoring* como beneficiaria de los derechos a cobrar las indemnizaciones derivadas del contrato de seguro «*respecto a aquellas operaciones que hayan sido descontadas*», según el tenor literal del suplemento de la póliza. Entiende Tribunal Supremo que dicha aprobación quedó limitada únicamente a las cesiones realizadas en operaciones de descuento. En consecuencia, se declara que la sociedad de *factoring* no tiene derecho al cobro de las indemnizaciones, ya que los créditos impagados proceden de un contrato de *factoring* sin regreso que aunque produjo la plena transmisión de los créditos cedidos, aquella se realizó «*no mediante operaciones de descuento, sino mediante una cesión por precio, asimilada a una compraventa, no pudiendo ser comprendidas en las que recoge la cláusula contractual*». Al respecto recalca GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «*Contrato de factoring*», cit. p. 1263, el poco sentido que tiene la designación de la sociedad de *factoring* como beneficiaria de las indemnizaciones derivadas del contrato de seguro respecto a impagos derivados de contratos que no entran en su actividad profesional – contrato de descuento –. Realmente, creemos que lo que hubo en este caso fue un error en utilizar el vocablo «*descontadas*» en el suplemento de la póliza – error que luego fue aprovechado por la compañía de seguros – pues parece que con dicho término las partes querían referirse a las operaciones en las que

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

---

hubiesen habido anticipo de los créditos cedidos por parte del factor al cedente y no a operaciones de descuento propiamente dichas. Por tanto, debió el Tribunal haber realizado una interpretación de la cláusula conforme al artículo 1284 CC, el cual establece que «*si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*», y, en consecuencia, haber declarado el derecho de la sociedad de *factoring* a cobrar la indemnización que se reclamaba. En relación con esta sentencia, *vid.* CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «Contrato de *factoring* y contrato de descuento (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001. A.C. 526\2001)», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2001, *passim*; REGLERO CAMPOS, L.F., «2 de febrero de 2001. Contrato de *factoring* y seguro de crédito. Transmisión del objeto asegurado», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 57, 2001, *passim*.

## CAPÍTULO QUINTO. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

### 1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica del contrato de *factoring* es una de las cuestiones más polémicas y discutidas en torno a la figura<sup>336</sup>. Sin duda, es un aspecto imprescindible, no para aplicar al contrato una disciplina concreta, pues en la práctica son bastantes exhaustivos y están estandarizados, sino para valorar, en atención al contenido del contrato, el trasfondo causal del mismo y su aptitud para producir cesiones plenas de los créditos que se transmiten<sup>337</sup>.

Para analizar el tema de la naturaleza jurídica del contrato de *factoring* debemos tener en cuenta que, al ser un contrato atípico, se trata de un estudio que no se refiere a normas del Derecho positivo, sino a manifestaciones de la voluntad de los contratantes<sup>338</sup>. Ahora bien, como dijimos con anterioridad, el *factoring* goza de «tipicidad social», esto es, en su contenido existe cierta homogeneidad, presentando los contratos de unas y otras empresas condiciones semejantes. Por tanto, si bien es cierto que la «tipicidad social» no tiene la fijeza o estabilidad propia de la tipología legal, no puede desconocerse que esa estandarización nos facilita la determinación de la naturaleza jurídica. Se debe tener presente que, debido a que existen diferentes modalidades del contrato, cada una con efectos jurídicos dispares, no cabe hablar de la naturaleza jurídica del *factoring* en general, sino de la naturaleza jurídica de cada una de

---

<sup>336</sup> Destacan la complejidad de determinar la naturaleza jurídica del *factoring* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio de Derecho Mercantil*, 3ª edición, Tomo II, Barcelona, 1990, p. 268; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1232; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 111; GARCÍA VILLAVARDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 368. Señalando que la naturaleza jurídica del contrato de *factoring* puede resultar más debatida que la del descuento se pronuncia GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, Madrid, 1990, p. 101.

<sup>337</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 111.

<sup>338</sup> GARCÍA VILLAVARDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 368.

las modalidades en concreto<sup>339</sup>. Esto es, como en nuestro país están presentes diversos tipos de *factoring*, la causa – y consiguientemente la naturaleza – del contrato será diferente en cada uno de ellos. Lo expuesto conllevará a analizar aquéllos por separado, teniendo presente la articulación jurídica de las funciones que existen en cada caso. Esta difícil tarea tiene gran relevancia en las situaciones concursales en las que exista un contrato de *factoring*, como se verá en el transcurso de este trabajo.

Desde luego, queda claro que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del *factoring* ha de resolverse examinando el fundamento causal de cada una de las modalidades esenciales del contrato referido<sup>340</sup>. Pero antes debemos detenernos en determinar los caracteres de la causa del contrato en cuestión.

## **2. CAUSA DEL CONTRATO DE *FACTORING***

La causa del contrato se corresponde con el propósito que desean obtener las partes, respondiendo a la pregunta «*cur contraxit?*» (¿por qué se contrata?). La mayoría de los autores que se ocupan de determinar cuál es la causa del contrato de *factoring* lo hacen a través de la indagación en torno a la función que cumple la cesión de créditos en el contrato para a partir de ahí determinar cuál es la causa/finalidad del negocio mismo<sup>341</sup>. Es claro que para la transmisión de los créditos en el contrato de *factoring* no basta con

---

<sup>339</sup> GARCÍA VILLAVARDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 368; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 113; ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 848.

<sup>340</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 250, 2003, p. 1392.

<sup>341</sup> GALÁN LOPEZ, C., «El proceso perfectivo», cit., p. 293; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 139. Sobre el tema, especificando que el estudio de la causa del contrato de *factoring* se centra en cómo funciona la cesión de créditos en él, BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 132 determina que «*la presa di congedo da soluzioni causali predefinite restituisce la cessione alla sua dimensione operativa, ove struttura e funzione concorrono a determinare i tratti caratteristici dello schema contrattuale volta a volta in questione. Alla luce di queste considerazioni, si tratta ora di verificare come la cessione si atteggi all'interno del factoring, intraprendendo il pellegrinare dei molti interpreti che ci sono cimentati nella ricerca dei profili causali del contratto*». También FAUCEGLIA, G., «El contrato de “factoring” en la práctica italiana», cit., p. 210, establece que el examen del contrato «*debe referirse también al dato estructural y, en especial, al papel que desempeñan las cesiones de crédito*».



la sola voluntad de los contratantes, sino que se requiere una causa idónea y suficiente<sup>342</sup>.

En las indagaciones en torno a cuál es la causa de la cesión de créditos en el *factoring*, existe doctrina que defiende la existencia de una causa única – en correlación con unidad del contrato – que se corresponde con la función prevalente que el contrato viene a cumplir en el tráfico. En este sentido, se ha defendido que el *factoring* presenta una causa de financiación, de venta, de mandato, de garantía... según qué función se considere como esencial<sup>343</sup>. Todas estas construcciones tienen el problema de ofrecer una visión sectorial del contrato de *factoring*, ya que excluyen el resto de posibles servicios que presta el factor. Se señala así el carácter unilateral de estas tesis, denominadas «fragmentarias»<sup>344</sup>.

Algún autor<sup>345</sup> ha sido especialmente crítico con estos estudios, señalando – a nuestro juicio, de forma acertada – que el *factoring* no se agota en una sola función, sino que las prestaciones que desarrolla el factor se articulan en un complejo de servicios. Así, insiste en la complejidad articulada de servicios que presta la sociedad de *factoring*, aunque en su análisis se centra en no fragmentar en el plano jurídico una operación que se presenta como unitaria en el tráfico económico, calificando, por tanto, la causa del contrato como única, pero de carácter complejo y variable<sup>346</sup>.

La tesis apenas destacada, aunque permite poner de manifiesto la multiplicidad de funciones que cumple el contrato, presenta el problema de articularlas dentro de una unidad causal. Se afirma que la causa es única, pero que permite una variedad de posibilidades funcionales, y que a su vez es compleja, en cuanto a que tal carácter se

---

<sup>342</sup> Sobre la relevancia de la causa de la cesión de crédito, nos remitimos a RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 26, 1998, p. 86.

<sup>343</sup> Destaca exhaustivamente cada una de estas teorías GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., pp. 140 y ss. Específicamente en el ámbito italiano las detalla FAUCEGLIA, G., «El contrato de “factoring” en la práctica italiana», cit., p. 207.

<sup>344</sup> GALÁN LOPEZ, C., «El proceso perfectivo», cit., p. 293.

<sup>345</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 159.

<sup>346</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 160.

deriva de la previsión, contenida en el propio contrato, de una variedad de posibles servicios o prestaciones del factor. Determina que el carácter complejo de la causa es el que permite entender un cierto carácter «cambiante» de la misma, entendido como realización de resultados variables o aptitud para producir las diversas y posibles «funciones»<sup>347</sup>. Consideramos que el autor está relativizando el término, privándole de todo significado: quiere englobar bajo la nota de unidad el conjunto de las diversas variantes que la causa puede adoptar en cada caso<sup>348</sup>. En definitiva, el autor parece abogar por una causa única, pero ésta realmente esconde una causa plural.

Como ha señalado la doctrina<sup>349</sup>, la pluralidad causal constituye la forma más cabal y precisa de explicar la peculiar nota de flexibilidad y polivalencia en el *factoring*, sin resultar incompatible con el carácter unitario que presenta esta figura en el tráfico económico. A través del *factoring* se obtiene por parte del empresario-cliente una variedad de servicios en atención a los distintos créditos transmitidos. Ahora bien, queda claro que el *factoring*, en su desenvolvimiento práctico, no produce en todos los casos una fusión de los diferentes servicios (gestión, financiación y garantía), ya que los mismos pueden combinarse y disgregarse bajo las distintas fórmulas, según las necesidades del cliente de *factoring* y el propio criterio del factor<sup>350</sup>. De ahí deriva la variedad de modalidades de contratos de *factoring* (en comisión de cobranza, con regreso y sin regreso).

---

<sup>347</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 160. Ha destacado la dificultad de concebir una causa única que al mismo tiempo sea variable GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 114. También EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1392, el cual ha señalado que la postura de GARCÍA-CRUCES (causa contractual única, compleja, articulada y variable) acaba resultando, tras tanta matización, simplemente inexpresiva.

<sup>348</sup> Compartimos la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 114.

<sup>349</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 116; GALÁN LOPEZ, C., «El proceso perfectivo», cit., p. 294; EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1393.

<sup>350</sup> De la jurisprudencia italiana destacamos, en relación con lo expuesto, la Sentenza del Tribunale di Genova, del 17 ottobre 1994, *Giurisprudenza Commerciale*, tomo II, 1995, pp. 697 y ss. La misma determina que «*quello di factoring è un contratto atípico e innominato, che può assolvere funzioni diverse, a seconda dei casi, di finanziamento, di servizio, di garanzia, con conseguenze differenziata*».

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL *FACTORING* CON REGRESO Y SIN FINANCIACIÓN: EL DENOMINADO «*FACTORING* EN COMISIÓN DE COBRANZA»

El *factoring* en el que sólo se presta la función de gestión y de administración de los créditos (habitualmente denominado «en comisión de cobranza»<sup>351</sup>) no suele darse de forma independiente, sino que en la práctica habitualmente aparece junto con la modalidad de *factoring* «sin regreso» o «con regreso» para los créditos que no cumplan los presupuestos establecidos en el contrato (o para los créditos no aceptados, si nos encontramos ante un *factoring* preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores – actualmente en desuso –<sup>352</sup>). Desde luego, aunque el contrato de *factoring* predisponga la realización de todas las funciones, durante su fase de ejecución las partes van dando aplicación a todas o algunas de ellas, según lo establecido en el contrato en relación con las características de los créditos y el importe de los ya cedidos<sup>353</sup>.

En estos casos, en los que sólo se presta el servicio de gestión o administración de los créditos, la causa perseguida con la cesión consiste en habilitar al factor para recibir el pago del deudor cedido, esto es, consiste en una mera comisión de cobro, incapaz por

---

<sup>351</sup> El término «comisión de cobranza» aparece en la Orden de 13 de mayo de 1981 sobre Entidades de financiación especializadas en operaciones de «factoring», concretamente en la disposición primera: «La gestión de cobro de créditos se podrá realizar en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tal crédito con asunción de los mismos».

<sup>352</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 59, señala sobre esta modalidad que «se trata de una cuestión que, aunque propiamente concierne a la fase de ejecución del contrato, tiene íntima relación con el ejercicio de la facultad de no aceptación».

<sup>353</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 108; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 117, que parecen compartir las consideraciones de ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, cit., p. 165. Aunque los autores destacados se refieren al *factoring* preliminar o preparatorio y a cada una de las cesiones individuales, sin embargo cabe extender sus apreciaciones al *factoring* configurado como cesión global anticipada de créditos futuros. De hecho, en los contratos de la práctica conforme a esta configuración, se ve claro la ejecución de una y otras funciones del contrato dependiendo el caso (*vid. ad. ex.* – y como ya tuvimos ocasión de destacar en este trabajo – el contrato de BBVA FACTORING, que tratándose de un *factoring* sin regreso, en su cláusula cuarta se establece que cuando se supere la cifra del límite rotativo u ocasional, las cesiones se entenderán realizadas con regreso).

sí misma de afectar a la titularidad del crédito<sup>354</sup>. Existe, por tanto, falta de aptitud causal para producir una cesión plena: se tratarían de meras cesiones fiduciarias<sup>355</sup>.

Como afirma autorizada doctrina<sup>356</sup>, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, no cabe entre nosotros la figura de la cesión de créditos con finalidad de cobro. Esto es, si la función económica que las partes quieren conseguir con la cesión es la de gestión del cobro del crédito en cuestión, por más que manifiesten su concorde voluntad de que, a efectos de terceros, se transmite plenamente la titularidad del derecho del crédito, tal transmisión no se producirá. El cedente seguirá siendo a todos los efectos el único y verdadero acreedor. La cesión no producirá otra consecuencia jurídica que la de legitimar al cesionario para hacer valer el crédito, para exigir al deudor la prestación en nombre propio. Se trata por tanto, de un negocio fiduciario, en el que la *causa fiduciae*, que en este caso se identifica con el fin de administración perseguido, no provoca una verdadera y auténtica traslación de dominio, sino que sólo es apta para transmitir una titularidad formal<sup>357</sup>. Por tanto, mientras que en la relación interna, el fiduciante (en este caso, cliente de *factoring*) es el auténtico propietario, en la relación externa el fiduciario (el factor) aparece ante terceros como titular. Así las cosas, la propiedad del factor no es absoluta, sino relativa, en el sentido de externa o de cara a terceros<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 56, destaca que en esta modalidad la cesión «no supone otra cosa que una comisión de cobro».

<sup>355</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 122. Destaca ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 27, que «la cesión del crédito puede tener como finalidad la mera gestión de cobro del mismo o el servir como garantía en la satisfacción de otro crédito, aunque, en puridad, en estos dos últimos supuestos, no nos encontramos ante una transmisión plena de titularidad del crédito, y, en consecuencia, ante una verdadera cesión del mismo».

<sup>356</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1039.

<sup>357</sup> SSTs de 14 de febrero de 1996, recurso núm. 2210/ 1982, (RJ 1996\1253); de 7 de mayo de 2007, recurso núm. 2136/2000, (RJ 2007\3559); de 13 de julio de 2009, recurso núm. 294/2005, (RJ 2009\4466); de 1 de diciembre de 2010, recurso núm. 1282/2007, (RJ 2011\1167), entre otras.

<sup>358</sup> MARTÍN LEÓN, A., «Negocio fiduciario y usucapión», *Anuario Derecho Civil*, volumen 66, 2013, fascículo III, p. 1179. Destaca el supuesto de la cesión de crédito para su cobro como negocio fiduciario DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario: estudio crítico de la teoría del doble efecto», *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. II, Madrid, 1997, p. 1058.

En definitiva, el factor se presenta como un mero comisionista, que actúa en nombre propio y por cuenta de su cliente, pudiendo reconducirse la modalidad al esquema de la comisión mercantil (art. 244 CCom). En este caso, en el que no ostenta la titularidad de los créditos, resulta claro que actúa en interés del cliente, que es sobre quien recae los efectos económicos de la actividad de la sociedad de *factoring*: cobrar el crédito y contabilizarlo.

Por todo lo expuesto, debe negarse la aptitud del *factoring* en comisión de cobranza para producir verdaderas cesiones de créditos a favor del factor y para hacer salir los créditos del patrimonio del empresario-cliente, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan<sup>359</sup>. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de febrero de 2003<sup>360</sup>. En consecuencia, algún autor ha determinado que no puede hablarse en este caso de «cesión» sino de simple «autorización para el cobro»<sup>361</sup>.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL *FACTORING* SIN REGRESO

##### 4.1. Diferentes teorías en torno a la naturaleza jurídica del *factoring* sin regreso

En el caso del *factoring* propio o sin regreso, como ya destacamos<sup>362</sup>, la sociedad de *factoring* asume la función de gestión de créditos, la función de financiación y la función de garantía. Es decir, se trata de la modalidad más completa, en la que están presentes todos los servicios que puede prestar el factor<sup>363</sup>. En consecuencia, comparándola con la modalidad anteriormente expuesta, existe la necesidad de

---

<sup>359</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 123; RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3986.

<sup>360</sup> STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938).

<sup>361</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Aspectos jurídicos del factoring», cit., p. 848.

<sup>362</sup> *Vid. supra* apartado 4.2 del capítulo segundo de este trabajo.

<sup>363</sup> Nos referimos a los servicios principales de gestión, garantía y financiación y no a las prestaciones meramente accesorias o complementarias, que, como expusimos, no suelen establecerse en los contratos de *factoring* de nuestro país (*vid. supra* apartado 3.4 del capítulo segundo).

reconducir este supuesto a sistemas causales de mayor calado y alcance capaces de justificar la posición del factor y dilucidar la aptitud del contrato para producir la transmisión definitiva de los créditos cedidos.

Su naturaleza jurídica (al igual que la del *factoring* con regreso, como más adelante veremos) ha sido discutida en la doctrina. De forma semejante al caso del descuento bancario, existen autores que consideran esta modalidad como compraventa y otros que la califican de préstamo<sup>364</sup>.

Refiriéndonos a los primeros<sup>365</sup>, consideran que la función económica de este contrato de *factoring* es el cambio de una cosa por precio, y que ello coincide plenamente con el contrato de compraventa. Señalan que el esquema básico de la compraventa puede apreciarse en esta modalidad sin dificultad, pues la causa para la cesión del crédito por parte del empresario es obtener la atribución patrimonial que espera recibir del factor, y para éste la causa de su atribución patrimonial radica en la entrega de la cosa, en este caso, el crédito. Destacan, además, que la modalidad «sin regreso» es acorde con la compraventa porque el contenido de la responsabilidad por insolvencia en esta tipología de *factoring* y en el modelo «ideal» de la venta de créditos tiene una coincidencia sustancial (la solvencia del deudor cedido es un riesgo que

---

<sup>364</sup> Sobre la discutida naturaleza del descuento bancario se pronuncia LOIS BASTIDA, F., «El contrato de descuento», *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, p. 676, que señala que no ha existido unanimidad en nuestra doctrina, formulándose al respecto diversas tesis: «*en general la doctrina ha calificado al descuento asimilándolo tanto a la compraventa como al préstamo, y ello en consideración a que en el contrato de descuento existe un anticipo de efectivo, y al mismo tiempo, una cesión de crédito*». A favor de la tesis de préstamo se pronuncia GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 255, determinando que la finalidad económica del descuento «*es primordialmente una operación de crédito, encarnada en el contrato típico de crédito, que es el contrato de préstamo*». Ampliamente sobre todas las teorías de la naturaleza jurídica del descuento, vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., pp. 152 y ss. Finalmente, el Tribunal Supremo llegó a determinar que el descuento no es ni una compraventa ni un préstamo, sino un contrato que opera con autonomía, al tratarse de un negocio *sui generis* – vid. STS de 1 de febrero de 1995, recurso núm. 2605/1991, (RJ 1995\1219); STS de 2 de junio de 2004, recurso núm. 2081/1998, (RJ 2004\3560) –. Resulta interesante la STS 14 de abril de 1980 (RJ 1980\1415), en la que se afirma de forma expresa que el descuento es un negocio jurídico autónomo que no se identifica con ninguna de las figuras contractuales reguladas en el CCom. Destaca ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 34, que «*al contrato de descuento se le atribuye así la naturaleza crediticia, pero considerándole un contrato sui generis y autónomo, dirigido a conseguir la liquidez de un crédito no vencido ni exigible que es transmitido al descontante salvo buen fin*».

<sup>365</sup> El autor que defiende esta postura es GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 124-134.

## Capítulo quinto. Naturaleza jurídica del contrato

soporta el cesionario – artículos 1529 CC y 348 CCom, que admiten pacto en contrario –).

Centrándose en la función cumplida por el anticipo realizado por la sociedad de *factoring*, fundamenta este sector que si aquél existe (recordemos que debe ser solicitado por el cliente), estaremos ante un pago al contado – el crédito y el precio se intercambian de forma simultánea – y en los casos en que el anticipo no exista, debe entenderse que se trata de un supuesto en el que el pago viene diferido o aplazado hasta el momento del vencimiento del crédito, acto posible según lo dispuesto en el artículo 1450 CC (que establece que la venta se perfecciona entre comprador y vendedor, siendo obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado).

En otro orden, se destaca por los defensores de esta tesis que la consideración del *factoring* sin regreso como una mera compraventa de créditos es algo absolutamente pacífico en los países anglosajones, así como en Alemania (*echtes factoring*) y en Estados Unidos, señalando que los formularios americanos aluden expresamente a «venta» de los créditos.

En definitiva, este sector doctrinal señala que la principal consecuencia que puede inferirse de la utilización del esquema de la compraventa como negocio subyacente en el *factoring* sin regreso o propio consiste en la indudable aptitud de esta modalidad para producir la transmisión plena de la titularidad de los créditos cedidos, y, por ende, la salida de los mismos del patrimonio del empresario<sup>366</sup>.

Varias objeciones advertimos en la tesis citada. En primer lugar, no puede entenderse que la función económica perseguida por el cliente al realizar el contrato de *factoring* sin regreso sea el intercambio de un crédito por dinero, ni que la perseguida

---

<sup>366</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 133 y 134. Indica el autor que la calificación del *factoring* sin regreso como compraventa de créditos no provoca que pueda atribuirse contenido normativo alguno, ya que la operación se ve «claramente modelada y modalizada por su conversión en el objeto de una genuina actividad empresarial realizada a gran escala y por las peculiaridades finalidades a que sirve», aparte de la exhaustividad con la que cuentan los contratos de *factoring* para disciplinar los diversos aspectos del negocio. Concreta que la consideración de la modalidad como compraventa sirve para obtener una explicación de fondo de su funcionamiento.

factor sea la adquisición del crédito en cuestión<sup>367</sup>. Realmente, la razón por la que el cliente acude al *factoring* es para la obtención de los servicios que presta el factor, que constituyen en el caso de la modalidad «sin regreso» el servicio de gestión, de financiación y de garantía. Asimismo, el interés de la sociedad de *factoring* no consiste en adquirir créditos, sino en la obtención de remuneración por los servicios prestados. En segundo lugar, con respecto a la función que cumple el anticipo realizado por el factor en el esquema de la compraventa, recuerda con acierto parte de la doctrina<sup>368</sup> que la transmisión de créditos es distinta a la de la propiedad y los demás derechos reales, dada su naturaleza de derechos incorpóreos, produciéndose por el mero consentimiento, bastando con la conclusión del negocio causal, sin necesidad de ninguna entrega posterior. Esto es, la transmisión de los derechos de crédito se constituye como excepción al sistema general de transmisión mediante título y modo, negocio y entrega, construido por nuestro CC<sup>369</sup>. Esta cuestión no ha sido tenida en cuenta en la tesis de compraventa, en la que se justifica la innecesariedad de que el anticipo deba ser simultáneo a la prestación del consentimiento contractual en el artículo 1450 CC<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> Así también lo entiende EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 65 y RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3989. Igualmente GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 141, que establece que «la calificación, tanto de la causa de atribución, como de la causa del contrato mismo (...) en los términos propios de una compraventa, esto es, como cambio de cosa por precio, suscita fuertes dudas que llevan a su rechazo. Esto parece claro, porque de la simple lectura de los formularios al uso parece que ha de entenderse que la finalidad perseguida por las partes con el contrato o con la cesión de los créditos no puede entenderse como compraventa. Las partes no pretenden el mero cambio de cosa por precio, sino una función diversa».

<sup>368</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1410.

<sup>369</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», cit., p. 312. Apunta PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1036, que la compraventa de créditos habría de ser calificada como negocio de disposición (al igual que la de cosas corporales) y de contrato típicamente traslativo (a diferencia de la de cosas corporales).

<sup>370</sup> Destaca además EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1410, que el artículo 1450 CC sólo reconoce efecto obligatorio, no dispositivo, a la conclusión del contrato de compraventa. En el ámbito del *factoring* sin regreso, acata la tesis de compraventa el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de mayo de 2007, recurso núm. 2168/2000, (RJ 2007\3567) en la que manifiesta que «se está ante un contrato de factoring en el que la actora pagó cantidades importantes que justifican la tercería promovida, en concepto de anticipos de los créditos que han sido embargados. La sentencia de 11 de febrero de 2003 contempla un supuesto similar al presente y declara que aun cuando se difiera o se aplace el vencimiento del crédito, ello no es más que una modalidad que procede al amparo del artículo 1450 CC según el cual la venta se



## Capítulo quinto. Naturaleza jurídica del contrato

En cuanto al sector doctrinal que considera el *factoring* sin regreso como préstamo<sup>371</sup>, determina que la financiación es la razón por la que el cliente cede sus créditos, y la retribución de dichas prestaciones financieras el motivo por el que el factor los adquiere<sup>372</sup>. Por ello, indica que la causa consiste en un préstamo (anticipo) sin obligación de devolución a cargo del cedente. Esto es, afirman estos autores que el fundamento causal del *factoring* sin regreso se trata de un préstamo con transmisión del crédito *pro soluto*<sup>373</sup>. En lo relativo a la posición del factor, consideran que en esta modalidad se produce la transmisión de la titularidad de los créditos cedidos, por lo que la sociedad de *factoring* es titular absoluto de los mismos<sup>374</sup>.

No podemos compartir la tesis del préstamo defendida por este sector doctrinal. Si estimamos que en el *factoring* sin regreso la razón por la que el cliente cede sus créditos al factor es la financiación, no estamos teniendo en cuenta la pluralidad de servicios que existe en esta modalidad, que se corresponden con la totalidad de prestaciones que puede realizar el factor<sup>375</sup>. Además, si la causa fuera únicamente la financiación, no se explicaría por qué los empresarios acuden al *factoring* cuando aquélla pueden

---

*perfecciona con el simple acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni de una ni de otro se hayan entregado».*

<sup>371</sup> El autor que defiende esta postura es EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., en Voz «Factoring», AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica* (dir. Alfredo Montoya Melgar), Vol. II, Madrid, 1995, p. 3053, y en «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1408.

<sup>372</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., en Voz «Factoring», cit., p. 3053 y en «Factoring», cit., p. 66.

<sup>373</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., Voz «Factoring», cit., p. 3053 y en «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1408. A favor de esta tesis se pronunciaba inicialmente RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3989, que añadía lo siguiente: «el hecho de que en este contrato exista un anticipo concedido por la empresa de factoring a su cliente y que por este anticipo se paguen intereses no podría considerarse un dato “indiferente”, pues según ha señalado la doctrina más tradicional, lo que por encima de todo caracteriza a los contratos de crédito es que en ellos el precio consiste precisamente en la remuneración que se satisface por el aplazamiento respecto de una prestación obtenida en la actualidad. Y es ésta precisamente la situación que concurre en el contrato de factoring». Sin embargo, el autor cambia posteriormente su teoría en su trabajo conjunto con el profesor LEÓN SANZ, F., «Concurso y factoring», cit., p. 109, mostrándose a favor de la tesis de la compraventa.

<sup>374</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. en Voz «Factoring», cit., p. 3053 y en «Factoring», cit., p. 66. Asimismo, RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3989.

<sup>375</sup> Se pronuncia en este sentido GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., pp. 144 y 145.

conseguirla mediante otras operaciones de activo. La idiosincrasia del contrato en su modalidad «sin regreso» es ofrecer al empresario un conjunto de servicios, en el que la financiación está presente, pero no únicamente. Resulta claro y estamos de acuerdo que dicha función puede considerarse como uno de los principales atractivos de la figura, pero ello no significa que sea la única razón por la que el empresario acude a esta modalidad de *factoring*.

#### **4.2. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del *factoring* sin regreso: concepción crítica**

Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del *factoring* sin regreso, el Tribunal Supremo en las ocasiones que se ha pronunciado sobre esta modalidad ha acogido la tesis de la compraventa. Así, en la sentencia pionera en abordar aspectos sustantivos del *factoring* (STS 2 de febrero de 2001<sup>376</sup>) destaca cómo el anticipo funciona como pago del crédito cedido, estableciendo que «*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 pactadas y en el plazo contractualmente previsto*». De esta forma, concluye que «*el factoring sin recurso, en consecuencia, produjo la plena transmisión de los créditos cedidos (...) mediante una cesión por precio asimilada a la compraventa*».

En la posterior sentencia dictada sobre *factoring* por el Alto Tribunal, (STS de 11 de febrero de 2003<sup>377</sup>) si bien trata del *factoring* con regreso, determina que «*excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro,*

---

<sup>376</sup> STS de 2 de febrero de 2001, recurso núm. 26/1996, (RJ 2001\1685). Muy crítico con esta sentencia se pronuncia EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., pp. 1400 y ss. No le falta razón, ya que la lectura de la citada resolución resulta farragosa y confusa, sobre todo cuando se pronuncia sobre el *factoring* con regreso.

<sup>377</sup> STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938). Utilizamos el calificativo «famosa» porque fue la primera sentencia del Alto Tribunal que se centra en los efectos de las distintas modalidades del contrato de *factoring*. Ello la diferencia de la STS de 2 de febrero de 2001, en la que el Tribunal trata a modo de *obiter dicta* sobre el *factoring* con regreso y sin regreso. Sobre la Sentencia en cuestión *vid.* GARCÍA SOLÉ, F., «Factoring con recurso y financiación (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003)», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 2003, *passim*; RUEDA MARTÍNEZ, J.A., «Sentencia 11 de febrero de 2003: tercería de dominio. Contrato de *factoring*. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, *passim*.

*todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de «factoring» originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos», estableciendo por tanto que el factoring sin regreso es traslativo, pero sin pronunciarse acerca de su consideración como préstamo o compraventa.*

Ulteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007<sup>378</sup> vuelve a determinar el *factoring* sin regreso como compraventa, pues acoge la tesis que considera que la función cumplida por el anticipo es de «pago» de los créditos cedidos, con la posibilidad de que pueda ser «al contado» o «diferido». Las demás sentencias del Tribunal Supremo sobre el *factoring* sin regreso (STS 25 de febrero de 2014<sup>379</sup>, STS de 8 de marzo de 2017<sup>380</sup>) no se refieren a él de forma particularizada, sino que únicamente se ciñen a puntualizar que origina plenos efectos traslativos, remitiéndose a la STS de 11 de febrero 2003, antes destacada.

En cuanto a lo expuesto, y teniendo en cuenta el análisis precedente sobre las objeciones a la tesis de compraventa en esta modalidad de *factoring*, volvemos a reiterarnos sobre ello para mostrarnos en contra de la postura del Tribunal Supremo. La causa del *factoring* sin regreso no es el cambio de cosa por precio, considerándose éste el anticipo efectuado por el factor. El servicio de anticipo consiste en adelantar la cuantía de los créditos que han sido cedidos, por lo que el cedente no necesitará esperar a su vencimiento para obtener ese importe. Y eso no es lo mismo que un pago<sup>381</sup>.

El verbo «pagar» en nuestra lengua tiene como significado «*entrega de un dinero o especie que se debe*»<sup>382</sup>. Y en el caso de la operativa de *factoring*, el factor no le debe al

---

<sup>378</sup> STS de 31 de mayo de 2007, recurso núm. 2168/2000, (RJ 2007\3567).

<sup>379</sup> STS de 25 de febrero de 2014, (RJ 2014\1404).

<sup>380</sup> STS de 8 de marzo de 2017, recurso núm. 1158/2014, (RJ 2017\686).

<sup>381</sup> Destacamos que, a nuestro juicio, es erróneo que se recojan en los contratos de *factoring* de la práctica el verbo «pagar» con referencia al anticipo. *Vid.* contrato de LA CAIXA, en el que en su cláusula 7.4 se refiere al anticipo como «pago parcial a cuenta». Asimismo, el contrato de *factoring* de BBVA FACTORING establece en su cláusula duodécima «*el Factor, a petición del Cedente, abonará en la cuenta bancaria de éste el precio de los créditos adquiridos*».

<sup>382</sup> Definición del Diccionario de la Real Academia Española, vía web: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=RS8DaQl|RSFJVnK|RSg5c7b|RSJNvsr> – fecha de consulta: 9 de octubre de 2020 –.

cedente un precio por los créditos que éste le ha cedido. El contrato no tiene como causa una compraventa de créditos, sino que se trata de un contrato de colaboración, financiación y traslación del riesgo de insolvencia en el que el factor presta tres servicios: la gestión, la financiación y la garantía de los créditos cedidos, siendo la cesión de los créditos un instrumento necesario para posibilitar que se realicen estas prestaciones<sup>383</sup>. Por tanto, en esta modalidad, la causa perseguida con la cesión de créditos es la obtención de los servicios destacados.

Por otro lado, no es necesaria la caracterización del contrato de *factoring* sin regreso como un contrato de compraventa para explicar su efecto traslativo. Nuestro ordenamiento jurídico configura la cesión de crédito como una auténtica transmisión de propiedad a favor del cesionario (arts. 1526 CC y ss. y 347 CCom y ss.), siempre que exista causa idónea y suficiente para que aquélla tenga lugar. Siguiendo a autorizada doctrina, para que una transmisión patrimonial se produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, legalmente bastante para transferir el derecho, real o de crédito, objeto de la misma, sin que haga falta ningún negocio jurídico más<sup>384</sup>. Y, en relación con esto último, en esta modalidad, la posición que ostenta el factor no es la de mero comisionista de cobro, como ocurre en el *factoring* en comisión de cobranza, en el que la operación se agota en una simple función de corte administrativo y gestor. En el *factoring* sin regreso, el cedente transmite los créditos correspondientes para que el factor preste, además de la citada función, la de financiación y la asunción de la garantía de insolvencia de los deudores cedidos. Esto es, como ya indicamos, la causa perseguida con la cesión consiste en que la sociedad de *factoring* realice aquellos servicios. Así las cosas, y teniendo en cuenta la posición que ostenta el factor en este caso, la causa es idónea y suficiente para que se produzca una transmisión plena de los créditos objeto de la cesión, sin necesidad de concluir que en esta modalidad subyace un negocio jurídico de compraventa. En definitiva, el negocio de *factoring* sin regreso

---

<sup>383</sup> Vid. *supra* apartado 2.2 del capítulo cuarto. Sobre el tema, RUEDA MARTÍNEZ, J.A., «Sentencia 11 de febrero de 2003: tercería de dominio. Contrato de *factoring*. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito», cit., p. 722: «*Importa recordar que el empresario interesado en obtener los diversos servicios que ofrecen las entidades de *factoring* deberá ceder los créditos que tenga frente a sus deudores. Es decir, que el recurso a la cesión de créditos actúa como postulado jurídico ineludible en orden al desenvolvimiento contractual de las operaciones correspondientes*».

<sup>384</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., pág. 1037.

presenta aptitud causal para producir la salida de los créditos objeto del mismo de la masa patrimonial del cliente-cedente<sup>385</sup>.

#### 4.3. Concepción propuesta acerca de la naturaleza jurídica del contrato de *factoring* sin regreso

No consideramos correcto cerrar el apartado «naturaleza jurídica del *factoring* sin regreso» refutando las teorías existentes sobre la determinación de la misma sin establecer ninguna solución al respecto, pues ello haría que el presente trabajo quedase incompleto en este particular.

Como indica un autorizado sector doctrinal, el problema de la naturaleza jurídica no puede quedar resuelto satisfactoriamente sin tener en cuenta tanto el aspecto funcional de la figura que se trate (finalidad económica) como su estructura externa<sup>386</sup>. La aceptación de esta exposición nos lleva a considerar erróneo que se identifique la modalidad de *factoring* sin regreso como compraventa por el mero hecho de su semejanza en el reparto de los riesgos, tal y como han determinado algunos autores<sup>387</sup>.

Si analizamos la finalidad económica de la modalidad de *factoring* sin regreso, así como su estructura, nos percatamos de la entidad propia de la figura, no siendo asimilable a otros contratos. Como hemos explicado más arriba, no podemos subsumirlo

---

<sup>385</sup> El autor GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 145, al destacar la eficacia traslativa del contrato de descuento, señala como razón de aquella que «*la cesión se realiza aquí no solo ni principalmente para que el descontante se ocupe de gestionar el cobro del crédito, sino con un propósito eminentemente crediticio y de financiación que resulta causalmente idóneo, en la estimación realizada por el sistema jurídico, para producir verdaderas cesiones y cambios de titularidad de los créditos afectados*». Si externalizamos estas apreciaciones al contrato de *factoring* sin regreso, en el que, como hemos señalado, la cesión se realiza con el propósito de obtener el servicio de gestión de los créditos, el de financiación y el de garantía, interpretamos que existe causa idónea y suficiente para que dicha cesión sea plenamente traslativa.

<sup>386</sup> Así lo establece en relación con la naturaleza jurídica del contrato de descuento GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 210, voz que consideramos aplicable a la determinación de la naturaleza de cualquier contrato atípico.

<sup>387</sup> En este sentido, RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4338, que sobre el *factoring* sin regreso determina que «*aunque la estructura remuneratoria sea más bien la de los contratos de financiación, el sistema de reparto de los riesgos de impago del crédito cedido es el característico del contrato de compraventa y, por ello, cabe aplicar las reglas de este contrato y concluir que los efectos son los propios del mismo*». Reitera dicho pronunciamiento en LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 109.

en la compraventa, ya que su función económica no es el intercambio de un crédito por dinero. Tampoco podemos considerarlo préstamo, pues no es la financiación la razón única por la que el cliente cede sus créditos (y con relación a ello, traemos a colación las observaciones de un sector de la doctrina<sup>388</sup> sobre la concepción de la naturaleza del descuento bancario, el cual indica que «no es posible llegar a comprender la esencia de este contrato si se adoptan perspectivas unilaterales, en las que su naturaleza queda agotada en el anticipo de la suma, o bien en la transmisión del crédito»). En definitiva, el *factoring* sin regreso no es vinculable a otra categoría contractual, debido a sus particularidades, tanto en su estructura como en su función económica. Por ello, proponemos su consideración como contrato *sui generis*, esto es, «de su propio género o especie»<sup>389</sup>.

Si bien es cierto, como establece algún autor<sup>390</sup>, que el reclamo a la naturaleza jurídica de una figura contractual atípica resulta más necesaria que en el supuesto de las figuras reguladas por el legislador (en el que se ha dictado un reglamento de los intereses de las partes, según un esquema modélico típico, aunque pueda ser dispositivo), ello no significa que se deba forzar la subsunción del negocio de *factoring* bajo paradigmas contractuales predeterminados legalmente. Además, se debe tener en cuenta que en el *factoring* la búsqueda de su naturaleza jurídica no estriba en aplicarle una disciplina normativa de un tipo negocial, debido a la regulación exhaustiva que realizan los formularios de la concreta relación jurídica. La determinación de la naturaleza jurídica del *factoring* nos sirve para, como se destacó al inicio del capítulo, dilucidar la aptitud del mismo para producir cesiones plenas. En este caso, consideramos que no existe ninguna figura contractual en nuestro ordenamiento jurídico

---

<sup>388</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 210.

<sup>389</sup> Considera SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 255, sobre el contrato de *factoring* que «tiene elementos del contrato de comisión mercantil, en cuanto que el factor se encarga de la gestión de cobro de determinados créditos. Pero dado que sus prestaciones son más complejas, el contrato supera esta naturaleza y es un contrato *sui generis*, pues el factor, respecto a la mayoría de los créditos del empresario con el que contrata, no es un puro gestor de esos créditos, sino un cesionario de los mismos...». Ahora bien, en cuanto al estudio de la naturaleza jurídica del *factoring* los autores citados no se han dedicado al examen de cada una de las modalidades del contrato, sino al *factoring* en general, por lo que sostienen que es el *factoring* globalmente considerado el que tiene naturaleza *sui generis*.

<sup>390</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 44.

en la que pueda subsumirse la modalidad del *factoring* sin regreso, y en consecuencia, determinamos que su naturaleza jurídica es *sui generis*<sup>391</sup>. Sin embargo, ello no resulta un problema para determinar su eficacia traslativa, ya que la misma se infiere de la posición que ostenta el factor, que no solo se ocupa de gestionar el cobro del crédito, sino también del servicio de financiación y del servicio de garantía, lo que da lugar a afirmar – como hemos explicado en el apartado precedente – la aptitud de esta modalidad para producir verdaderas transmisiones de los créditos objeto del contrato, de conformidad con la doctrina general de la cesión de créditos.

### 5. NATURALEZA JURÍDICA DEL *FACTORING* CON REGRESO

#### 5.1. Similitud con el contrato de descuento bancario

En esta modalidad, los servicios que presta la sociedad de *factoring* consisten en la gestión y administración de los créditos cedidos, así como en el anticipo de los mismos al cliente-cedente, a través de la función de financiación. Esto es, además de la realización de la actividad administrativa y gestora, el factor moviliza y concede anticipos de créditos de vencimiento futuro para permitir que el empresario obtenga liquidez inmediata<sup>392</sup>. No asume el factor en este tipo de *factoring* el riesgo de la insolvencia del deudor cedido (o lo que es lo mismo, no presta el servicio de garantía).

A nadie se le escapa la similitud de esta modalidad del contrato de *factoring* con el contrato de descuento bancario. En virtud de este último, la entidad de crédito (descontante) anticipa a su cliente (descontatario) el importe de un crédito no vencido que éste tiene contra un tercero, deduciendo los intereses correspondientes al tiempo

---

<sup>391</sup> Sería incorrecto decir que, debido a su afinidad con el descuento sin regreso, llamado descuento *a forfait* (figura nacida en la práctica bancaria, consistente en un descuento en cuya virtud el Banco soporta el riesgo de que el tercero descontado resulte insolvente), la naturaleza jurídica del *factoring* sin regreso es la de contrato de descuento, entendiéndose por tanto la responsabilidad por el buen fin del crédito descontado como un elemento no esencial del mismo (a favor de entender la cláusula «salvo buen fin» como un elemento accidental del contrato de descuento se pronuncian algunos autores de la doctrina italiana, destacados por GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 97). Consideramos, al igual que este último autor (p. 99), que la responsabilidad por el buen fin del crédito por parte del cedente-descontatario es esencial al descuento, pues se incorpora en su misma definición y, por consiguiente, el descuento *a forfait* no puede ser considerado como un descuento en sentido propio.

<sup>392</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 141.

que falta para el vencimiento, así como las eventuales comisiones, y recibiendo la titularidad del crédito, asumiendo el transmitente el buen fin de la operación<sup>393</sup>. Así, en ambos contratos el cliente busca obtener liquidez, recibiendo de forma anticipada el valor de un crédito de vencimiento futuro, con la obligación de restitución en el supuesto de que el crédito sea impagado a su vencimiento<sup>394</sup>.

Resulta necesario detenernos en esta última apreciación. Al objeto de considerar la responsabilidad del cliente-cedente en caso de impago por parte del deudor cedido en el *factoring* con regreso, ésta abarca cualquier tipo impago (como ya tuvimos ocasión de destacar en este trabajo)<sup>395</sup>. Por ello, la doctrina ha considerado que existe en esta modalidad una auténtica garantía del buen fin del crédito<sup>396</sup>. Y esta circunstancia, la responsabilidad que asume el cedente en caso de impago por parte del deudor cedido, es plenamente coincidente en esta modalidad de *factoring* y en el descuento. En definitiva, el requisito del que se hace depender la exigibilidad del deber de restitución que recae sobre el cedente es el «mal fin» del crédito cedido, entendiéndose por «mal fin» cuando el tercero deudor no paga, ya sea porque no quiere hacerlo, ya sea porque no puede<sup>397</sup>.

---

<sup>393</sup> Sobre el contrato de descuento *vid.* GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., pp. 245 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., *passim*; PÉREZ ESCOLAR, R., *El contrato de descuento*, Madrid, 1982, *passim*; VEIGA COPO, A. y HERNÁN CARRILLO, V., «Operaciones de crédito activas (2). El contrato de descuento», AA.VV., *Contratos bancarios* (coord. Andrés Recalde Castells), Tomo X, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 199-234. Sobre el concepto de descuento por el Tribunal Supremo, *vid.* SSTS de 11 de junio de 1993, recurso núm. 3268/1990, (RJ 1993\5267); de 24 de septiembre de 1993, recurso núm. 66/1991, (RJ 1993\6742); de 28 de junio de 2001, recurso núm. 1512/1996, (RJ 2001\4980); de 2 de abril de 2002, recurso núm. 3154/1996, (RJ 2002\2531).

<sup>394</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 143.

<sup>395</sup> *Vid. supra* apartado 2.4 del capítulo cuarto.

<sup>396</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Compendio de Derecho Mercantil*, cit., p. 267, señalando que en el *factoring* impropio (con regreso) «el riesgo de impagados lo asume el cliente, entendiéndose la cesión “salvo buen fin”». Se pronuncia de igual forma GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 139: «resulta manifiesto que la operativa y la esencia del *factoring* con recurso difícilmente pueden explicarse en función de una mera garantía de la solvencia como tal (...) y que lo que se verifica en esta hipótesis es un simple supuesto de cláusula “salvo buen fin”, destinada a proteger a la entidad de *factoring* frente a cualquier supuesto de falta de pago». Asimismo, RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», cit., p. 67.

<sup>397</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 729. Dicho autor recalca que el «mal fin» del crédito descontado no sólo se presenta como condición necesaria para poder



## Capítulo quinto. Naturaleza jurídica del contrato

Ahora bien, a pesar de las similitudes que existen entre esta modalidad de *factoring* y el descuento bancario (tanto en su función económica<sup>398</sup> como en la responsabilidad que asume el cliente-cedente) han sido apuntadas por la doctrina ciertas diferencias, si bien refiriéndose al contrato de *factoring* globalmente considerado y no a la modalidad que tratamos<sup>399</sup>. Desde luego, el contrato de *factoring* no es equiparable al contrato de descuento, debido a la mayor complejidad de aquél y a su especial aptitud para articular bajo fórmulas diversas una variedad de prestaciones en relación a los distintos créditos cedidos. A lo que nosotros nos referimos es a la similitud con el descuento no del contrato de *factoring*, sino de la modalidad de *factoring* con regreso<sup>400</sup>.

De las diferencias que apuntaba la doctrina entre el contrato de descuento y el contrato de *factoring* globalmente considerado podemos mencionar aquellas que se refieren a características presentes a la modalidad con regreso, con el objeto de realizar una comparativa entre esta variedad y el descuento.

La primera de ellas tiene que ver con el anticipo de los créditos. Algunos autores han destacado que mientras que en el descuento el anticipo es parte fundamental del mismo, en el *factoring* es algo accesorio, no unido al aspecto estructural del contrato<sup>401</sup>.

---

reclamar la obligación de restitución del cedente, sino también como condición suficiente, puesto que el cesionario (factor o descontante) no tiene ni la obligación ni la carga de ejecutar o perseguir judicialmente y de manera infructuosa al tercero deudor (p. 735).

<sup>398</sup> Se destaca por el Tribunal Supremo en la STS de 2 de febrero de 2001, recurso núm. 26/1996, (RJ/2001\1685) que en el *factoring* con regreso «la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento».

<sup>399</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 100, autor que a pesar de destacar los «puntos de contacto» entre ambos contratos, concluye que son dos figuras inasimilables, debido a que compara el contrato de *factoring* globalmente considerado con el contrato de descuento. Asimismo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 71, que dispone que «hay elementos suficientes para mantener la distinción entre factoring y descuento», para luego señalar como uno de ellos que la cesión del crédito en el descuento es siempre «salvo buen fin», a diferencia del *factoring*, en el que el supuesto típico es la cesión sin derecho de regreso por parte del factor. Ello nos deja ver que compara el contrato de *factoring* en general con el contrato de descuento.

<sup>400</sup> En este sentido, compartimos la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 144.

<sup>401</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 72; GÓMEZ MENDOZA, M., «Obligaciones de la empresa de factoring», cit., p. 301; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 103, destacando este último que «resultaría inimaginable que no existiera un anticipo en el descuento».

Ya señalamos que la función de financiación en los contratos de *factoring* en los que está presente la misma se suele recoger como una posibilidad que tiene el empresario-cliente. Es decir, habitualmente se configura como un servicio que proporciona la entidad a su cliente, para los casos y momentos en que éste lo reclame. Sin embargo, también se destacó que en la práctica es uno de los principales atractivos de la operación, siendo en la gran mayoría de las ocasiones requerido<sup>402</sup>. Tanto es así que se nos hace difícil imaginar un *factoring* con regreso en el que el cliente-cedente rehúse solicitar el anticipo, aparte que lo consideramos un tanto ilógico: si al cliente sólo le interesaba el servicio de gestión de créditos ¿por qué no acudió a un *factoring* en comisión de cobranza o a otro tipo de contrato de mera gestión?

Con respecto al tema, la doctrina ha considerado que en el *factoring* con regreso, si no hay anticipo con carácter previo al vencimiento de los créditos cedidos no se está en presencia de una verdadera cesión del crédito, y el negocio jurídico habría de calificarse como de mera gestión del cobro, esto es, como un *factoring* en comisión de cobranza, sin efectos traslativos de la titularidad del crédito<sup>403</sup>. Ello se relaciona con la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, cuya aplicación se limita al *factoring* sin regreso o con regreso, y con respecto a este último, sólo cuando se haya realizado un anticipo (total o parcial) del crédito cedido antes de su vencimiento (apartado 1.5)<sup>404</sup>. La exigencia del anticipo en el *factoring* con regreso responde al propósito del legislador de excluir de este régimen legal al *factoring* en comisión de cobranza (o lo que es lo mismo, al *factoring* con regreso y sin financiación) modalidad ante la que nos encontraríamos si solo se prestase la función de gestión y administración<sup>405</sup>. Así las

---

<sup>402</sup> Vid. *supra* apartado 3.3 del capítulo segundo.

<sup>403</sup> GARCÍA SOLÉ, F., «La reciente normativa sobre el *factoring*», cit., p. 1652. En este mismo sentido se pronuncia el autor en «Anexo. Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito», cit., p. 602.

<sup>404</sup> Establece el apartado primero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, que se aplicará la misma «a las cesiones de crédito que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones (...) 5ª. Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento».

<sup>405</sup> Determina GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al *factoring*», cit., p. 178 que

## Capítulo quinto. Naturaleza jurídica del contrato

cosas, podemos constatar que el anticipo en el *factoring* con regreso tiene carácter esencial, por lo que no cabría diferenciarlo con el descuento por este aspecto.

La segunda diferencia que se ha destacado es que la sociedad de *factoring* asume la llevanza de la contabilidad dentro de la función de gestión y administración de los créditos cedidos. De lo contrario, en el descuento no se presta este servicio. Ciertamente, en este contrato el descontante se limita al requerimiento del pago, en la forma oportuna, y a la verificación de los actos conservativos del crédito (para impedir que éste se vea perjudicado por la prescripción o la caducidad)<sup>406</sup>.

Como otra diferencia se ha destacado que el *factoring* es necesariamente global, mientras que el contrato de descuento puede realizarse de forma aislada (para un solo crédito) o de manera general o colectiva (supuesto muy frecuente en la práctica y conocido como «línea de descuento»)<sup>407</sup>.

Tras el análisis de las diferencias expuestas, seguimos abogando por la similitud entre el contrato de descuento y la modalidad de *factoring* con regreso. Indudablemente, ambas presentan importantes semejanzas<sup>408</sup>. Y éstas se aprecian tanto en su función económica como en su contenido y estructura. Haciendo un esfuerzo de precisión, podemos concretar que lo que se asimila al *factoring* con regreso es la línea de

---

la exigencia de que el cesionario realice el anticipo «*responde sin duda al propósito de nuestro legislador de excluir del ámbito de aplicación del régimen legal a las cesiones efectuadas en simple comisión de cobro*».

<sup>406</sup> Sobre esta diferencia se pronuncia GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., pp. 100 y ss. Sobre el alcance objetivo del contrato de descuento, *vid.* p. 535 de la misma obra citada.

<sup>407</sup> Destaca como diferencia que el *factoring* es necesariamente global GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 100. En relación con la operativa de la línea de descuento *vid.* PULIDO BEGINES, J.L., «El contrato de descuento», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 7º. La contratación bancaria* (coord. Guillermo Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2013, p. 148; BAÑULS GÓMEZ, F.A., *La insolvencia en el contrato de descuento bancario*, Madrid, 2010, p. 36; VEIGA COPO, A. y HERNÁN CARRILLO, V., «Operaciones de crédito activas (2). El contrato de descuento», cit., p. 209.

<sup>408</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., Voz «Factoring», cit., p. 3053, destaca que el *factoring* impropio es un supuesto muy similar al contrato de descuento. Defendiendo la identidad de las figuras se muestra ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 74, señalando que «*en realidad, el factoring con regreso y el descuento son, en lo esencial, jurídicamente lo mismo*».

descuento, teniéndose en cuenta el carácter global de la misma<sup>409</sup>. Ahora bien – añadimos – con la especialidad de que en el *factoring* con regreso el factor asume la llevanza de contabilidad de los créditos cedidos.

Para demostrar aun más la similitud entre descuento y la modalidad de *factoring* con regreso, destacamos que, a pesar de que en la exposición de motivos de la Ley 1/1999, de 5 de enero – a la que hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo – se establezca en relación con su disposición adicional tercera que «*persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como “factoring”*» (lo que nos deja ver que claramente se formuló teniendo en consideración la actividad de *factoring*), el régimen establecido en el texto de dicha disposición puede ser aplicable al descuento bancario<sup>410</sup>. Y ello es así porque el contrato de descuento puede cumplir sin dificultades las condiciones de aplicación de aquella norma, recogidas en el apartado primero, debido a su semejanza con el *factoring* con regreso<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Esta matización la realiza GARCÍA VILLAVERDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 374, si bien dicho autor determina que el contrato de *factoring* con regreso es «*un modelo ordinario de línea de descuento*» afirmando luego que «*no tiene nada de nuevo*». También LEÓN SANZ, F., «Las acciones de reintegración y el contrato de *factoring*», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, 2005, p. 4142, indica sobre el *factoring* con regreso que «*como no consiste en una operación singular de cesión sino en el ejercicio de una actividad continuada, el contrato de *factoring* se correspondería propiamente con el contrato conocido como línea de descuento*».

<sup>410</sup> Así, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al *factoring*», cit., p. 185, determina que «*atendiendo a los fines normativos de la referida disposición tercera, no es posible advertir ninguna diferencia material o sustantiva entre la situación jurídica en que se encuentran la sociedad de *factoring* que realiza operaciones “con recurso” y la entidad de crédito que, en virtud de una relación contractual distinta, adquiere derechos de crédito con fines de financiación y sin asumir el riesgo de insolvencia*», destacando la posible sujeción de negocios ajenos al *factoring* al régimen de la disposición adicional tercera, sin perjuicio de que la exposición de motivos de la Ley 1/1999, de 5 de enero, se refiera sólo al *factoring*. Análogamente se pronuncia ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 73: «*la disposición adicional pasa a recoger también en su ámbito de aplicación otras cesiones de créditos distintas a las propias del contrato de *factoring*, siempre, claro está, que el cesionario sea una entidad de crédito, como ocurre, por ejemplo, con las propias del descuento bancario*». En consonancia con estos autores, ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 126.

<sup>411</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 74, determina que «*el descuento puede cumplir sin dificultad las otras condiciones del apartado 1 ya analizadas y, por ende, estar incluido dentro del ámbito de aplicación de la disposición adicional*». Con relación al apartado primero de la referida disposición adicional tercera el mismo establece lo siguiente: «*Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración Pública*».

## 5.2. Diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del *factoring* con regreso

La naturaleza jurídica del contrato de *factoring* con regreso ha sido objeto de discusión en la doctrina. Existen autores que consideran esta modalidad de *factoring* como compraventa y otros que lo califican como préstamo, no habiendo acuerdo en este último caso sobre la causa que justifica la cesión, determinándose por un sector que la misma se explica como una cesión con eficacia solutoria *pro solvendo*, mientras que por otro se explica como una «cesión» en garantía<sup>412</sup>.

Refiriéndonos en general a los que consideran el *factoring* con regreso como préstamo, en esta tesis se atiende básicamente al predominio de la función de financiación. Con referencia al sector que entiende que la cesión se realiza «para pago» o *pro solvendo*, estos autores determinan que la transmisión crediticia tiene la finalidad de extinguir la deuda contraída con motivo del anticipo<sup>413</sup>. Es decir, según esta postura,

- 
1. <sup>a</sup> *Que el cedente sea un empresario y que los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.*
  2. <sup>a</sup> *Que el cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de titulación.*
  3. <sup>a</sup> *Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el 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.*
  4. <sup>a</sup> *Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.*
  5. <sup>a</sup> *Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.»*

<sup>412</sup> Destaca este debate en la doctrina alemana GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 155, apuntando que se afirma mayoritariamente por dicha doctrina que, dependiendo de si el factor presta o no el servicio de garantía por la insolvencia de los deudores se distingue entre el *etches* y el *unechtes factoring*, indicando que cuando el factor no asume tal riesgo, el contrato es calificado como *kreditgeschäft*. Resalta que «donde ya no se da tanta unanimidad es en la calificación de la causa de la atribución cuando se trata del supuesto de *unechtes factoring*, ya que para algunos autores se trata de una cesión con finalidad de garantía, mientras que otros resuelven el problema en los términos de una *datio in solutum*».

<sup>413</sup> Se pronuncian a favor de esta tesis EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. en Voz «Factoring», cit., p. 3053; en «Factoring», cit., p. 71 y en «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1407. En esta última publicación matiza que la naturaleza del *factoring* con regreso es la de contrato mixto, de préstamo, en el que el crédito cedido sirve de instrumento para que el factor se resarza de lo anticipado al cliente, así como de mandato y comisión, en lo relativo a la gestión del cobro, determinando que dichos elementos deben ser apreciados autónomamente conforme a la «teoría de la combinación». Coincidiendo con EIZAGUIRRE se pronunciaba, en un principio, RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3988, aunque en el artículo también muestra lo que podríamos definir como el comienzo de cambio de criterio del autor, ya que expone lo siguiente: «en realidad, cabría plantearse si, por debajo del negocio fiduciario de cesión plena, y dado el fin preferentemente de garantía que subyace a esta cesión, la calificación que mejor se ajustaría a la función atribuida por las partes a la cesión no sería la de una “entrega” en prenda del derecho de crédito».

la causa de la cesión se resuelve en los términos de una *solvendi causa*, como *datio in solutum* de las obligaciones que surgen del «préstamo»<sup>414</sup>.

En otras palabras, consideran que la cesión realizada por el empresario a favor de la entidad de *factoring* se explica en los términos de una cesión para pago (*cessio pro solvendo*), destinada a saldar y extinguir la deuda contraída con motivo del abono del anticipo por parte del factor<sup>415</sup>. Esto es, sostienen que los créditos cedidos sirven de instrumento para que la sociedad de *factoring* se resarza de lo anticipado al cliente<sup>416</sup>. La posibilidad que se reconoce a la sociedad de *factoring* para recurrir frente al cedente en el supuesto de impago de los créditos cedidos se explica en esta tesis en los términos de la cesión *pro solvendo*: si el deudor cedido no paga, el cliente tendría que reintegrar al factor, debido a que, por el carácter *pro solvendo*, la liberación del cedente queda sometida al cobro efectivo del crédito por parte de la sociedad de *factoring*<sup>417</sup>.

Los autores que se muestran a favor de esta configuración destacan que existe en este caso una verdadera transmisión de créditos, ya que la cesión *pro solvendo* tiene

---

<sup>414</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 146.

<sup>415</sup> Aclaramos en este sentido que las expresiones *pro solvendo* y *pro soluto* cobran significado exclusivamente en relación con las cesiones de créditos con función solutoria (esto es, cuando la cesión tiene por finalidad el pago de una obligación preexistente). En palabras de ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 31, el mecanismo de pago «puede configurarse como una cesión *pro soluto*, es decir, cuando el cedente extingue la deuda con el cesionario una vez que le transmite el crédito, siendo la transferencia del crédito contemporánea con la extinción de la obligación originaria; o como una cesión *pro solvendo*, en la que el efecto liberatorio no se produce hasta la efectividad posterior del crédito cedido, y por tanto, la extinción de la obligación originaria no es contemporánea a la cesión, sino que la acción derivada de la obligación principal queda en suspenso entre que no se producen los efectos del pago». No obstante, tal y como apunta PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., pág. 1054, se utiliza frecuentemente la expresión *pro solvendo* para referirse a cesiones de crédito en las que el cedente asume el riesgo de insolvencia del deudor, y la expresión *pro soluto* para identificar las cesiones en las que no asume dicho riesgo, sin que dichas cesiones se hayan realizado con una específica función de pago o *solvendi causa*, destacándose por el autor que constituye una imprecisión terminológica.

<sup>416</sup> Son palabras de EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1407.

<sup>417</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 148.

plenos efectos traslativos<sup>418</sup>. Por tanto, la sociedad de *factoring*, en virtud de la cesión, pasaría a ser titular de los créditos cedidos<sup>419</sup>.

La consideración del *factoring* con regreso como un contrato de préstamo en el que la cesión de los créditos se realiza con eficacia solutoria *pro solvendo* suscita varias reticencias<sup>420</sup>. En primer lugar, debemos tener presente que la cesión de los créditos

---

<sup>418</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 148, que señala que la eficacia traslativa del *factoring* no es objeto de discusión en esta hipótesis.

<sup>419</sup> En cuanto a la eficacia traslativa de la cesión *pro solvendo* vid. PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1051: «la finalidad de pago de una obligación preexistente si es, en cambio, causa bastante para justificar la plena transmisión del crédito del deudor/cedente al acreedor/cesionario. Lo que no solo vale para la cesión *pro soluto* – en la que la transferencia del crédito es contemporánea y funcionalmente coesencial con la extinción de la obligación originaria –, sino también para la cesión *pro solvendo*, en la que la extinción de la obligación originaria no es contemporánea a la cesión (...), sino que solo se produce en el momento en que el crédito cedido haya sido realizado por el acreedor/cesionario». Sin embargo, el Tribunal Supremo en STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2033\4313) – cuyo supuesto de hecho correspondía a un contrato de préstamo para cuyo pago el prestatario realizó una cesión *pro solvendo* de determinados créditos – negó la transmisión, no reconociéndose al cesionario como titular de los créditos cedidos. Muy crítico con esta sentencia se pronuncia EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., pp. 1411-1416, que define la misma como «desconcertante»; así como GARCÍA VICENTE, J.R. en «Los efectos del concurso sobre la cesión “pro solvendo” de créditos futuros (notas a la STS de 27 de junio de 2003)», AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Abaladejo García* (coord. José Manuel González Porrás y Fernando P. Méndez González), Vol. I, Madrid, 2004, pp. 1955 y ss., y en «Sentencia de 27 de junio de 2003. Cesión *pro solvendo* de créditos futuros: prenda de créditos futuros, efectos de la declaración de suspensión de pagos anterior al nacimiento del crédito cedido o pignorado. Congruencia», *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, estableciendo en la p. 575 de este artículo lo siguiente: «a mi juicio, la solución debió ser justamente la contraria, esto es, declarar la oponibilidad de la cesión a la suspensión y afirmar la titularidad del cesionario. La resolución no es adecuada». Asimismo, vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo II, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 225, que la define como «perturbadora y errónea». Finalmente, el Tribunal Supremo, en STS de 6 de noviembre de 2013, recurso núm. 1703/2011, (RJ 2013\7863), rectifica, determinando que «el hecho de que en la cesión *pro solvendo* el crédito lo sea para pago de una obligación preexistente, y por ello, el deudor de esta obligación primitiva no quede liberado, sino cuando el cesionario cobre el crédito cedido, no impide el efecto traslativo pleno de la cesión de crédito» aclarando que «el cesionario es titular del crédito cedido desde que se consintió la transmisión y no desde que se satisfizo el crédito en que consistía». En el supuesto que trata esta última sentencia, el cedente (un club de fútbol) cedió a una entidad bancaria una subvención concedida por una Comunidad Autónoma para amortizar el pago de una póliza de crédito. Comenta la sentencia RIESCO MILLA, J., «La cesión “pro solvendo” de créditos futuros: inmunidad a la insolvencia del cedente», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2004, *passim*.

<sup>420</sup> Aclaremos que estas reticencias se aprecian cuando se entiende que la cesión de créditos en el contrato de *factoring* se realiza con finalidad solutoria en general, es decir, sea esa finalidad solutoria *pro soluto* o *pro solvendo*. Por lo tanto, si hubiésemos considerado válida la tesis de EIZAGUIRRE sobre la naturaleza del *factoring* sin regreso (recordemos que el autor determina que la financiación es la razón por la que el cliente cede sus créditos y la retribución de dichas prestaciones financieras el motivo por el que el factor los adquiere – apreciaciones que consideramos erróneas – identificando, por tanto, dicha modalidad con el préstamo con transmisión del crédito en pago *pro soluto*) también serían aplicables estas reservas (vid. *supra* apartado 4.1 del capítulo quinto).

precede en un plano cronológico a la concesión del anticipo por parte del factor – pues es tras la cesión cuando el cliente puede solicitar los determinados servicios, incluido el de financiación – por lo que se encuentran dificultades en atribuir a la transmisión del crédito una específica función solutoria, ya que en el momento en que realiza la cesión el cliente no tiene ninguna obligación antecedente que solventar<sup>421</sup>. En segundo lugar, destacamos que es la cesión la que determina el importe de la financiación, es decir, el anticipo se determina en función del volumen y cuantía de los créditos cedidos. El hecho de que sea la cesión realizada con una supuesta función solutoria la que determine el importe de la obligación «originaria», es un argumento en contra a dicha construcción, ya que lógicamente debería ser lo contrario<sup>422</sup>.

Una vez expuesta esta primera tesis nos referiremos a la doctrina que considera la modalidad de *factoring* con regreso como préstamo, pero determinando que la cesión responde a un fin de garantía<sup>423</sup>. Así, se entiende que en el *factoring* con regreso los créditos se ceden con el fin de garantizar la obligación de restitución que grava al cedente<sup>424</sup>. Por tanto, se considera que los créditos se transmiten como garantía pignoratícia<sup>425</sup>.

---

<sup>421</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 146, que determina que, al ser la cesión anterior al anticipo «no cabe construir una *datio in solutum* como medio de extinción de una obligación todavía inexistente».

<sup>422</sup> Así se señala por GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 150, y por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 146, que comparten las apreciaciones de CARNEVALI, U., «I problemi giuridici del “factoring”», *Rivista di Diritto Civile*, 1978, núm. 3, p. 312.

<sup>423</sup> Aboga por esta tesis RECALDE CASTELLS, A., en «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3989, y en «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4340. También en «Concurso y factoring», cit., p. 110, obra en la que comparte autoría con el profesor LEÓN SANZ. El autor se muestra conforme con la doctrina y jurisprudencia alemanas, en donde, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 148 (específicamente nota núm. 172), no es infrecuente sostener que en el *factoring* impropio el crédito se transmite con una finalidad de garantía, por medio de una *Sicherungscession*. Conforme con RECALDE CASTELLS se pronuncia ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 876.

<sup>424</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 876.

<sup>425</sup> Que los créditos dinerarios pueden constituir el objeto de una garantía pignoratícia es admitido tanto doctrinal como jurisprudencialmente, destacándose la STS de 19 de abril de 1997, recurso núm. 1147/1993, (RJ 1997\3429), que reconoció la validez de una pignoración de imposiciones de dinero a plazo fijo, estableciendo que «la imposición bancaria a plazo origina a favor del imponente el nacimiento



Se señala por esta doctrina que, en atención a la finalidad de garantía que subyace en esta cesión, es aplicable a estos casos el régimen previsto para las cesiones realizadas con fines de garantía, y en particular, el régimen de la prenda de créditos<sup>426</sup>. Por consiguiente, no se considera que la cesión de créditos en el *factoring* con regreso sea traslativa, ya que al ser una «cesión» en garantía no se transfiere plenamente la titularidad material del derecho de crédito, permaneciendo ésta en el cedente<sup>427</sup>. Según

---

*de un derecho de crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda». En cuanto a la doctrina, vid. VEIGA COPO, A., «Prenda de créditos y negocio fiduciario – venta en garantía –», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 89, 2003, p. 63, que sobre la posibilidad de la pignoración de un crédito establece que, aunque éste sea inmaterial y consistente en la esperanza de recibir una prestación, «no empece tutelar un interés valorable en términos económicos y que como tal es patrimonializable y susceptible de transmisión, lo cual le dota de un efectivo valor de cambio». Asimismo, vid. ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 36: «La pignoración de créditos ha sido admitida desde antiguo, si bien con ciertas reticencias y matizaciones derivadas particularmente de la dificultad de cumplir con el requisito de la desposesión (art. 1863 CC) dada la inmaterialidad del objeto del derecho real. Sin embargo, ese inconveniente se resuelve acudiendo por analogía a la normativa de la cesión de créditos». También es destacable PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1048: «La cesión del crédito en garantía, si instrumentada en documento público o privado de fecha cierta (lo que es preciso a los efectos de poder ser probada frente a terceros; art. 1526 CC por analogía), es, sin necesidad de ulteriores requisitos, perfectamente válida y eficaz (para constituir una prenda sobre el crédito en cuestión) tanto inter partes como frente a terceros, deudor cedido incluido». Asimismo, el citado autor establecía en su artículo, el cual data de 1988, que «ningún obstáculo existe en nuestro Derecho (...) frente a la pignoración anticipada de créditos futuros en su máxima amplitud». Con respecto a esto último, destacamos que la prenda sobre créditos futuros fue expresamente reconocida por la LCon tras la modificación establecida por el artículo único, apartado sesenta y uno, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011). Ampliamente sobre la prenda de créditos, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo II, cit., pp. 223-350. Sobre la prenda de créditos en el concurso vid. LÓPEZ ORTEGA, R., «La prenda de créditos en el concurso. Especial referencia a la prenda de depósitos bancarios», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 45, 2008, pp. 91 y ss.*

<sup>426</sup> Así se establece por RECALDE CASTELLS, A., en «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*», cit., p. 4340. También en «Concurso y *factoring*», cit., p. 110, obra en la que comparte autoría con el profesor LEÓN SANZ. Concretamente, el autor, de forma inicial, determina que en el *factoring* impropio el crédito se cede a la sociedad de *factoring* para pago (*pro solvendo*), para luego concluir que en esta modalidad de *factoring* el crédito se cede como garantía. Así, muestra su conformidad con los argumentos de CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo II, cit., pp. 258 y 259, quienes indican que «la cesión de un crédito *pro solvendo* no es en principio una cesión en prenda de dicho crédito. Aquella tiene función solutoria, no de garantía, y el acreedor que recibe la cesión para pago se satisfará de su crédito mediante la ejecución del crédito cedido. Pero esta distinción desaparece cuando se cede un crédito en pago al momento en que se constituye la obligación o antes del vencimiento de la deuda para cuyo pago se cede el crédito. (...) Pensamos que una cesión realizada en las condiciones dichas debe someterse al régimen de constitución de la prenda (...) y que la realización del crédito debe atenderse a los modos de ejecución de la prenda de créditos».

<sup>427</sup> En el Derecho alemán, en el que impera el «dogma de la abstracción», cabe perfectamente la cesión plena de un crédito con finalidad de garantía. No es así en el Derecho español (PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1043). En cuanto al Derecho italiano, la doctrina se encuentra

esta teoría, el fin perseguido con la cesión es el de garantizar al acreedor pignoraticio-cesionario (esto es, al factor) el cumplimiento de la obligación de restitución del cliente-cedente afectando especialmente el derecho de crédito que éste ostenta frente a un tercero<sup>428</sup>. En consecuencia, y como establece algún autor<sup>429</sup>, si la finalidad económica que las partes quieren conseguir con la cesión es la de garantía de un crédito del cesionario contra el cedente, la transmisión plena no se producirá, quedando constituida, simplemente, una prenda de créditos. Tal y como determina algún autor<sup>430</sup>, la causa de garantía nunca puede ser suficiente para la cesión plena del bien, sino para la constitución de un derecho de garantía (como es la prenda de créditos).

Al igual que un mayoritario sector de la doctrina, nos pronunciamos en contra de esta tesis<sup>431</sup>. Parece inviable configurar la transmisión del crédito en los términos de una «cesión» en garantía o de una prenda de créditos, ya que la subordinación de la accionabilidad de la obligación primitiva al intento infructuoso de realización del crédito cedido es, cabalmente, todo lo contrario de lo que cabe típicamente predicar de una garantía en sentido técnico-jurídico propio: que en modo alguno obstaculiza el libre ejercicio por el acreedor de la obligación garantizada, ni le impone la realización en primer término de la garantía a fin de satisfacer su interés; realización que no se desea

---

dividida. Al respecto, *vid.* STEFINI, U., *La cessione del crédito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 35, que reconoce la eficacia traslativa de la cesión de créditos con causa de garantía: «*ed allora si può concludere che la garanzia è sì cause sufficiente del trasferimento, purchè quest'ultimo non attribuisca all'acquirente un diritto finale e definitivo, ma si inserisca in un'operazione complessa volta ad attribuirgli un diritto provvisorio e strumentale all'adempimento dell'obbligazione principale che si intende garantire*». No obstante, el autor italiano indica que parte de la doctrina se muestra contraria a que la cesión de créditos en garantía tenga aptitud para constituir un efecto traslativo: «*idoneità a lungo negata dalla dottrina ostile alla cessione del crédito con causa di garanzia, che reputava il trasferimento del crédito stesso "manifestamente eccessivo rispetto allo scopo perseguito"*» (p. 25).

<sup>428</sup> VEIGA COPO, A., «Prenda de créditos y negocio fiduciario – venta en garantía –», cit., p. 68, señala que «*esta finalidad supone que el pignorante-cedente no quiere transmitir la titularidad del derecho al acreedor pignoraticio-cesionario, sino únicamente, como ocurre en los casos de prenda, transmitirle una serie de facultades que le permitan actuar sobre el tercero-deudor, como lo haría el pignorante-cedente en determinados supuestos en que podría peligrar la garantía*».

<sup>429</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1043.

<sup>430</sup> VEIGA COPO, A., «Prenda de créditos y negocio fiduciario – venta en garantía –», cit., p. 104.

<sup>431</sup> Manifiestan su rechazo a esta tesis GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 147; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 146; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 111; EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 47.

de antemano y que se subordina al incumplimiento de aquella obligación<sup>432</sup>. Tal y como explica un sector autorizado de la doctrina<sup>433</sup>, es incompatible con la «cesión» en garantía un pacto en el sentido de que el cesionario únicamente pueda exigir al cedente el pago del crédito o créditos «garantizados» tras haber intentado sin éxito satisfacer sus intereses con cargo al crédito o créditos cedidos. Dicho pacto existe en el *factoring* con regreso, pues como ya sabemos, en esta modalidad el factor sólo se dirigirá al cliente-cedente cuando no haya sido satisfecho por el deudor cedido.

Además, los autores que muestran su rechazo a esta postura consideran que el *factoring* impropio o con regreso es traslativo. Por tanto, opinan que no cabe la configuración de las cesiones de créditos que se producen en esta modalidad como cesiones en garantía, pues como hemos señalado, éstas no transmiten la propiedad, sino que constituyen una prenda de créditos<sup>434</sup>. La prenda de créditos carece de aptitud para producir la plena transmisión del derecho de crédito al acreedor garantizado<sup>435</sup>. Implica un privilegio sobre los créditos, que, según estos autores, no se da en este tipo de *factoring*, considerando que se produce en este caso la mutación de la titularidad crediticia, es decir, la transmisión mediante el mecanismo de la cesión de los créditos.

---

<sup>432</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1053. En relación con lo expuesto, pero refiriéndose al contrato de descuento, vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 256: «*nótese bien que la transmisión del crédito al Banco no representa la pignoración de un crédito, cosa que permitiría la realización de la prenda sólo en el caso de que el crédito principal no fuese cobrado*».

<sup>433</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1054.

<sup>434</sup> Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 147; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 111, estableciendo este último autor que «*una prenda de créditos encontraría siempre el obstáculo insuperable que encierra la propia finalidad del contrato de factoring, y su mecanismo fundamental, que es la cesión de créditos, y que es, siempre, una cesión traslativa y definitiva de la titularidad de los mismos. Lo que es incompatible con la cesión a título de garantía, bien se conciba como cesión condicionada, o como cesión limitada, como cesión optativa, o como sucesión constitutiva, construcciones que ha dado lugar la llamada prenda de créditos*». Matizamos que el autor se refiere a que la cesión de créditos es siempre traslativa y definitiva en el *factoring* sin regreso y con regreso, pues con respecto al *factoring* en comisión de cobranza señala en la p. 56 del trabajo referenciado que carece de aptitud causal para producir una cesión plena, destacando que «*no supone otra cosa que una comisión de cobro*».

<sup>435</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 47.

Por último, toca referirnos a la postura que considera la modalidad de *factoring* con regreso como una compraventa<sup>436</sup>. Se entiende en esta tesis que la operación se instrumenta para canalizar el intercambio de un crédito por dinero<sup>437</sup>. Esto es, se considera que la función económica que cumple esta modalidad es el cambio de una cosa por precio, y que ello coincide con el contrato de compraventa, tal y como sus defensores afirman que sucede con la modalidad de *factoring* sin regreso<sup>438</sup>. Ahora bien, el principal obstáculo con el que se enfrenta esta semejanza se encuentra en la dificultad de justificar el «regreso», esto es, la responsabilidad última del cliente-cedente en caso de que el deudor cedido no cumpla su obligación de pago en el plazo establecido<sup>439</sup>. Debido a que la compraventa conlleva la idea de un intercambio definitivo de prestaciones, existe en este caso el inconveniente de que, en el supuesto de intento infructuoso a la hora de realizar el crédito cedido, la sociedad de *factoring* se dirija contra su cliente para exigirle su deber de restitución. En efecto, que el riesgo de impago resida en el cliente-cedente se identifica como algo que no se compadece plenamente en una relación de intercambio firme de prestaciones, como es la que típicamente se produce en la compraventa<sup>440</sup>.

Con respecto a este inconveniente se pronuncia la doctrina defensora de esta tesis, determinando que nada impide a las partes en el marco de una relación de compraventa de créditos atribuir al vendedor (cedente) el riesgo relativo al cobro del crédito

---

<sup>436</sup> El autor que defiende esta tesis es GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 157.

<sup>437</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 157.

<sup>438</sup> Así, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 150, considera al *factoring*, en sus distintas modalidades, como una simple operación de compra de los créditos del empresario (a excepción del *factoring* en comisión de cobranza).

<sup>439</sup> También se consideraba esta circunstancia como un obstáculo a la hora de identificar el contrato de descuento con la compraventa. Así, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 95: «la diferencia más notable entre los ambos institutos se encuentra en el supuesto de que el tercero deudor del crédito transmitido no haga honor a su obligación» indicando «que el descontatario pague cuando el crédito descontado no llegue a buen fin (...) en principio parece contrario o impropio de los principios generales que rigen en el contrato de compraventa».

<sup>440</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 152.

cedido<sup>441</sup>. Señala que el artículo 1529 CC permite al adquirente de un crédito (cesionario) protegerse, en el marco de una genuina relación de compraventa, frente a la eventualidad de impago del deudor cedido por causa de insolvencia, pero que además, dado el sometimiento de esta materia a la autonomía de la voluntad de las partes, no existe ningún obstáculo que impida extender la garantía del vendedor (cedente) al buen fin del crédito cedido y a cualquier supuesto de falta de pago, aunque venga motivado por causas distintas de la insolvencia del deudor *stricto sensu*<sup>442</sup>. Por tanto, recalca que el hecho de la asignación y el reparto del riesgo relativo al impago de los créditos no afecta en modo alguno el propósito de intercambio propio del negocio, concluyendo que la explicación de la responsabilidad última del cliente-cedente por el pago del crédito cedido en esta concreta modalidad de *factoring*, y su coordinación con la existencia de una relación básica de compraventa puede hacerse, lejos de trastocar o desnaturalizar su esencia misma<sup>443</sup>.

Con relación a lo expuesto, la doctrina a favor de esta tesis indica que supondría una incorrección establecer la esencia negocial de esta variedad de *factoring* atendiendo a una obligación de carácter excepcional como es la obligación de restitución del cedente – prevista solo para los supuestos «anormales» en los que hay incumplimiento del deudor cedido – dado que el centro de atención debe venir desplazado hacia la ejecución normal del contrato, en el que el interés negocial de ambos contratantes

---

<sup>441</sup> Con respecto a lo expuesto señala GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 153, que hay que tener presente los riesgos e incertidumbres que para la circulación de los derechos de crédito supone su esencial falta de corporalidad, por la imposibilidad en que se encuentra el adquirente de apreciar en el momento del contrato la aptitud del crédito adquirido para satisfacer cumplidamente sus expectativas contractuales, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos normales de compraventa que recaen sobre bienes corporales.

<sup>442</sup> Destaca en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 154 y 155, que la responsabilidad *bonitas nominis* viene configurada en nuestros textos legales como una auténtica resolución del contrato de cesión y que las partes pueden configurar esta facultad resolutoria con la amplitud y alcance que convenga a sus intereses negociales. Con respecto a la posibilidad de insertar una cláusula «salvo buen fin» en una operación de compraventa de créditos *vid.* GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 96, que especifica que la misma tendría un carácter marcadamente accidental.

<sup>443</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 152 y ss.

resulta plenamente satisfecho: afirma que así la concepción de *factoring* con regreso como una simple variedad del contrato de compraventa parece obligada<sup>444</sup>.

En el caso de que se vea como un segundo obstáculo para la caracterización de esta modalidad de *factoring* en los términos de una obligación de compraventa el cobro, por parte del factor, de intereses sobre las cantidades anticipadas al cliente<sup>445</sup>, el sector que aboga por esta postura rebate que esta circunstancia se justifica básicamente por razones de simple conveniencia administrativa (en relación con los hábitos de pago poco rigurosos de los deudores), señalando además que con esa fórmula se asegura la correcta adecuación del «precio» satisfecho a la utilidad económica producida por los créditos adquiridos. En suma, concluye que esta práctica no parece suficiente por sí sola para descartar la configuración de esta modalidad del contrato como una genuina operación de cambio de créditos por dinero<sup>446</sup>.

En definitiva, para los defensores de esta tesis la operación de *factoring* con regreso es reconducible hacia el esquema de la compraventa. Y por ello, reconocen la existencia en este supuesto de auténticas cesiones de créditos, causalmente idóneas para transmitir al factor la titularidad plena<sup>447</sup>.

---

<sup>444</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 157.

<sup>445</sup> Ha considerado incompatible con la estructura de una auténtica compraventa el hecho de la remuneración percibida por el factor ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, cit., p. 195: «*Nel caso vengano concesse anticipazioni, non si spiegherebbe inoltre perchè il cliente sia tenuto a corrispondere gli interessi al factor, visto che l'anticipazione dovrebbe configurarsi come un pagamento anticipato di parte del prezzo*».

<sup>446</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 158 y ss. Determina el autor que esto es algo que acepta de forma natural la doctrina y jurisprudencia alemana, en relación al *factoring* sin regreso (*etches factoring*), considerando que el hecho de que los anticipos devenguen intereses también en esta modalidad del contrato no es obstáculo alguno para su consideración como un contrato de compraventa.

<sup>447</sup> En este sentido, matiza GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 167, que esta eficacia traslativa se alcanza por igual en los casos que se considere el *factoring* con regreso como compraventa como en los que se establezca que se trata de un préstamo acompañado de cesión *pro solvendo*, rechazando que sea así en la cesión en garantía, puesto que no puede ser éste en modo alguno el título jurídico de la transmisión. Si bien, resalta que la calificación de esta modalidad como una compraventa de créditos parece más acorde con la función económica desempeñada por el contrato, así como más ilustrativa del significado general de las operaciones de *factoring* en su conjunto y de la propia ordenación jurídica prevista por los formularios en cuanto al desenvolvimiento de las relaciones instauradas.

A pesar de los meritorios argumentos del sector doctrinal destacado, también con respecto a esta tesis mostramos nuestra discrepancia. En primer lugar, porque parte de la base de que la función económica del contrato de *factoring* es el intercambio de créditos por dinero, cuando ya señalamos en el apartado referente a la naturaleza del *factoring* sin regreso que a nuestro juicio esta concepción es errónea, pues sostenemos que la causa del contrato es la obtención de los servicios de *factoring*, que en este caso se limitan al servicio de gestión y al servicio de financiación<sup>448</sup>. Y en segundo lugar, porque si bien nos parece admisible establecer en un contrato de compraventa de créditos que el riesgo relativo al cobro de los mismos recaiga en el vendedor y que la garantía asumible por éste pueda extenderse al buen fin de los créditos cedidos, lo que no nos parece adecuado es optar por una determinada calificación contractual de un negocio jurídico que se encuentra hasta tal punto desviado del tipo que se quiere asimilar tal y como éste viene definido en la Ley (en este caso el tipo es la compraventa) que aquella configuración responda a una organización de intereses que en realidad poco o nada tiene que ver con aquél<sup>449</sup>.

Y aunque es cierto, tal y como afirma el principal defensor de esta tesis<sup>450</sup>, que en la Ley italiana de cesión de créditos de empresa (*Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*), así como – añadimos nosotros, por ser posterior a la publicación de su trabajo – en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, se considera el anticipo en general como «pago», no podemos sujetarnos a esta circunstancia para determinar que esta modalidad se identifica con una compraventa de créditos, pues lo que tenemos que tener en cuenta para determinar la naturaleza jurídica de un determinado negocio es la estructura y el fundamento causal del mismo, y no el

---

<sup>448</sup> *Vid. supra* apartado 4.2 del capítulo quinto.

<sup>449</sup> Nos inspiramos en el razonamiento de RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3987, aunque el autor afirma en este artículo que el contrato de *factoring* con regreso responde a una organización de intereses «*que la acerca mucho más a la de otro tipo contractual que resulta completamente distinto*», refiriéndose al préstamo o descuento. Con respecto a la asimilación del *factoring* con regreso al tipo de la compraventa, hasta el propio GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 167 reconoce que esta modalidad de *factoring* se corresponde con una compraventa de créditos «*sumamente particularizada*».

<sup>450</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 162,

tenor literal de una Ley o una disposición aplicable a él<sup>451</sup>. Al hilo de lo expuesto, aprovechamos esta ocasión para mostrar nuestro desacuerdo con el empleo del verbo «pagar» en la normativa, tanto española como italiana, cuando hace referencia al anticipo correspondiente al servicio de financiación.

### **5.3. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del *factoring* con regreso: especial referencia a su traslatividad. Concepción crítica**

De todas las modalidades analizadas, no cabe duda que la de *factoring* con regreso es la que más problemas ha suscitado – no sólo a la doctrina, sino también a los tribunales, y dentro de ellos, al propio Tribunal Supremo –. Así, han surgido dudas, tanto sobre a su carácter traslativo como sobre su naturaleza jurídica, cuestión esta última que a estas alturas no ha quedado claramente determinada por el Alto Tribunal.

Nos referiremos en primer lugar al carácter traslativo del *factoring* con regreso. Se llegó a entender que la asunción por parte del cesionario del riesgo de insolvencia del deudor cedido era el elemento caracterizador de la existencia de verdaderas cesiones de crédito. Esto daba lugar a afirmar que sólo existían cesiones plenas en los casos en que el factor se responsabilizara de dicho riesgo, esto es, en los casos de *factoring* sin regreso, en los que la sociedad de *factoring* realiza la función de garantía. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de septiembre de 2006<sup>452</sup>,

---

<sup>451</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 162, destaca que en la Ley italiana de cesión de créditos de empresa, el legislador italiano ha dotado al *factoring* de una inequívoca *causa vendendi*, configurando las cantidades adelantadas por las entidades de *factoring* como una contraprestación satisfecha a cambio de la adquisición de los créditos (puede verse este hecho, por ejemplo, en el artículo 5 de esta Ley: «*qualora il cessionario abbia pagato in tutto o in parte il corrispettivo della cessione ed il pagamento abbia data certa, la cessione è opponibile (...)*»). En cuanto a la norma española (disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero), también considera al anticipo como «pago»; así, por ejemplo, su apartado 1.4º dispone «*que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con deducción del coste del servicio prestado*». En su apartado 1.5º (correspondiente al *factoring* con regreso) se utiliza la palabra «abono» (sinónimo de pago).

<sup>452</sup> SAP Zaragoza de 27 de septiembre de 2006, recurso núm. 318/2006, (AC 2006\2189). Nos llama la atención los errores que se aprecian en la sentencia. En primer lugar, la Audiencia determina, tras examinar el contrato en cuestión, que el mismo se trata de un *factoring* con regreso, debido a que no se transmite al cesionario el riesgo de insolvencia de los deudores. Sin embargo, de la cláusula 8.1 de dicho contrato (reproducida literalmente en la Sentencia), se evidencia claramente que estamos ante un *factoring* sin regreso: «*la cláusula 8.1, en su literalidad, expresa: "Si llegada la fecha de vencimiento de pago de la factura, el deudor no la pagase y no se diesen en esa fecha los supuestos previstos en la estipulación 12 para la cobertura de la insolvencia, el cedente vendrá obligado a reintegrar a Lico el importe anticipado o la parte del mismo que no haya sido pagada a su vencimiento por el deudor a Lico.*



determina sobre el *factoring* con regreso que, como el factor no asume el riesgo de insolvencia del deudor, «*dicha falta de transmisión de riesgos impide hablar de una traslación del dominio. (...) Resulta relevante la inexistencia de transmisión del riesgo por impago. La transmisión del riesgo sería consustancial e iría ligada a la transmisión del dominio*».

También con respecto a este tema es recalable la ya nombrada STS de 2 de febrero de 2001<sup>453</sup>, que *obiter dicta* niega el carácter traslativo del *factoring* con regreso, señalando que sí se produce transmisión de los créditos en la modalidad sin regreso, determinando con respecto a este último 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 cesión plena del crédito al cesionario*».

Respecto a esta inexacta interpretación sobre la asunción por parte del factor del riesgo derivado de la insolvencia de los deudores cuyos créditos se le transmiten, no ayudó la redacción del artículo 1.1 de la Orden de 13 de mayo de 1981, sobre Entidades de financiación especializadas en operaciones de «*factoring*» (ya derogada), la cual disponía expresamente que, por parte del factor «*la gestión de cobro de los créditos se podrá realizar en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de un crédito con asunción de los riesgos de insolvencia de los mismos*»<sup>454</sup>. Como vemos, la

---

*Si así no lo hiciera el cedente Lico podrá reclamarle judicialmente al cedente sin más trámite las cantidades que éste le adeude»*». En efecto, en este caso el factor cubre la insolvencia del deudor cedido, esto es, presta el servicio de garantía. Lo que ocurre es que, como ya explicamos, ésta no es absoluta sino que depende de la extensión que se haya establecido en el contrato. En segundo lugar, existen en todo el texto lo que podríamos denominar «descuidos calificativos», en el sentido de que se usa en varias ocasiones la expresión «*factoring* sin recurso» (sin regreso) cuando realmente, por el contexto, se evidencia que a lo que realmente se quiere referir el Tribunal es al «*factoring* con recurso» (con regreso).

<sup>453</sup> Sobre la STS de 2 de febrero de 2001, *vid.* notas núm. 335 y núm. 376 de este trabajo.

<sup>454</sup> Sobre este tema, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 136.

norma parecía vincular la transmisión efectiva del crédito a la realización del servicio de garantía por parte de la sociedad de *factoring*. Así, la deficiente redacción del precepto parecía confirmar el entendimiento erróneo de que la existencia de cesiones plenas estaban limitadas a los supuestos de *factoring* sin regreso, en los que el factor corre con el riesgo de impago de los créditos por insolvencia de los deudores cedidos<sup>455</sup>.

En nuestra doctrina, algún autor<sup>456</sup> insistió en la inexactitud de esta interpretación, estableciendo que la asunción por parte del factor del riesgo de insolvencia del deudor cedido es indiferente a efectos de determinar la existencia o no de una auténtica cesión de crédito.

El Tribunal Supremo aplicó esta doctrina en su sentencia de 11 de febrero de 2003, estableciendo que *«cuando se asume la función de financiación, pero sin concurrencia de la de garantía, las cesiones de crédito efectuadas en virtud del contrato de “factoring” se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 del Código Civil y 348 del Código de Comercio, que caracterizan la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva y, por consiguiente, entregada a la*

---

<sup>455</sup> Con relación a este punto, es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938), en la que se discute la transmisibilidad de los créditos cedidos en el marco de un contrato de *factoring* con regreso. La cuestión litigiosa se centra en determinar si los créditos embargados por la Delegación de Hacienda de Castellón pertenecen a la empresa embargada o son propiedad de la sociedad de *factoring* con la que aquella empresa realizó, con anterioridad al embargo, un contrato de *factoring* con regreso. La sentencia recurrida en casación determinó que dicha modalidad de *factoring* es traslativa, reconociendo que el factor adquirió la titularidad de los créditos trabados antes de producirse el embargo. Fue el Abogado del Estado (en representación de la Delegación de Hacienda de Castellón) el que interpuso el recurso de casación contra la misma, alegando como uno de los motivos la infracción del artículo 1 de la Orden de 13 de mayo de 1981, por cuanto consideró que la sentencia impugnada *«no ha valorado que, según el contenido obligacional del contrato de esta clase celebrado entre las entidades (...), las partes no han convenido la transmisión de los créditos del cliente al factor, sino únicamente una gestión de cobro con posibilidad de anticipos»*. Son estas alegaciones que realiza el Abogado del Estado en las que hacemos hincapié, ya que se basa en la Orden citada y en la interpretación del contenido de su artículo 1.1, el cual, como hemos indicado, tiene una redacción deficiente y confusa.

<sup>456</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 135-137. El autor clarifica que *«al ser la posible insolvencia del deudor un simple elemento de riesgo inherente a cualquier derecho de crédito que las partes lógicamente han de valorar en el momento de contratar y sobre el que pueden disponer en función de sus propios intereses o conveniencia, es claro que la decisión sobre la atribución del mismo en el marco de una relación comercial ha de afectar al régimen concreto del contrato de que se trate pero no a su naturaleza»*. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA VILLAVEVERDE, R., «Naturaleza jurídica», cit., p. 374: *«El hecho de que el riesgo corra de cuenta del cedente no implica en ningún caso desnaturalizar la cesión que previamente se había pactado»*.

*autonomía de la voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación»*<sup>457</sup>. Posteriormente confirma la misma en la STS de 6 de octubre de 2004<sup>458</sup>, la cual resuelve las dudas calificativas sobre el contrato en cuestión, determinando que *«el mismo constituye un verdadero contrato de factoring, en que se transmiten los créditos en propiedad, si bien no se responde de la insolvencia del cedente – entendemos que realmente se refiere a la insolvencia del deudor cedido –, lo que, como se ha dicho, es accidental al contrato»*. Asimismo, destacamos la STS de 31 de mayo de 2007, donde se afirma que *«excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los meros efectos de cobro – que no es el caso presente –, todas las cesiones que provienen de un contrato de factoring – ha de ser válidamente celebrado – originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos»*. Si bien, lo que no consideramos correcto de esta sentencia es que tras lo expuesto añade: *«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»*. Es esta última adición la que creemos desafortunada: desde luego si entiende el Alto Tribunal que tiene carácter traslativo tanto la modalidad sin regreso como la de con regreso, advirtiéndose que la asunción del riesgo de insolvencia no afecta a la naturaleza jurídica de la operación, resulta claro que las citadas palabras sobran.

También se refiere al carácter traslativo del *factoring* con regreso la STS de 6 de noviembre de 2013<sup>459</sup>: *«en supuestos de factoring con recurso o impropio, la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué decidir el efecto traslativo, de manera que también en esta clase de factoring el cesionario adquiere plenamente el crédito»*. En este mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal Supremo en las ulteriores sentencias de 25 de febrero de 2014<sup>460</sup> y de 8 de marzo de 2017<sup>461</sup>.

---

<sup>457</sup> Cabe decir que previamente aplicó esta doctrina de GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., la Audiencia Provincial de Castellón, en la sentencia recurrida en casación en este asunto: SAP Castellón de 10 de mayo de 1997, recurso núm. 256/1995 (LA LEY 9499/1997) – advertimos que usamos la referencia de la base de datos *La Ley* por no encontrarse dicha sentencia en la base de datos *Aranzadi*–.

<sup>458</sup> STS de 6 de octubre de 2004, (RJ 2004\5986).

<sup>459</sup> STS de 6 de noviembre de 2013, recurso núm. 1703/2011, (RJ 2013/7863).

<sup>460</sup> STS de 25 de febrero de 2014, (RJ 2014\1404).

Por lo expuesto, podemos afirmar que el Tribunal Supremo ha ratificado y corroborado en varias ocasiones que el contrato de *factoring* con regreso es traslativo, aspecto con el que estamos de acuerdo. En efecto, en el *factoring*, a lo único que afecta la asunción por el factor del riesgo de insolvencia de los deudores cedidos es que estaremos ante la modalidad sin regreso. Pero, desde luego, ningún efecto tiene con relación a la transmisión del crédito o créditos especificados en el contrato: como ya destacamos la circunstancia de la que depende que exista una cesión plena es que la misma tenga causa idónea y suficiente<sup>462</sup>.

Sin embargo, no ha aclarado el Alto Tribunal cuál es la naturaleza jurídica de esta modalidad. Con respecto a este punto, la STS de 11 de febrero de 2003 establece que *«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»*. Se comprende con ello, tal y como destaca algún autor<sup>463</sup>, que el Tribunal no considera que la discusión dogmática sobre la calificación de esta modalidad de *factoring* influya en los efectos de la cesión. Es decir, debido a que tanto el descuento, como el préstamo en el que la cesión se entiende realizada con eficacia *pro solvendo*, y la compraventa, tienen eficacia traslativa, no atiende el Tribunal a determinar cuál es la naturaleza jurídica de esta modalidad de *factoring*, pues las tres hipótesis alcanzan por igual este resultado<sup>464</sup>. Ahora bien, debemos realizar la siguiente apreciación: se ha

---

<sup>461</sup> STS de 8 de marzo de 2017, recurso núm. 1158/2014 (RJ 2017/686).

<sup>462</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1039.

<sup>463</sup> RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4339 (específicamente, nota núm. 20).

<sup>464</sup> Entendemos que la STS de 11 de febrero de 2003 se refiere a la teoría del préstamo en el que la cesión se entiende realizada con eficacia solutoria *«pro solvendo»* porque confirma la sentencia de instancia – SAP Castellón de 10 de mayo de 1997 –, la cual, tras calificar el *factoring* con regreso como una compraventa para apoyar la conclusión de que el mismo es traslativo, apunta: *«aunque aun en la hipótesis, defendida por la doctrina alemana y entre nosotros por EIZAGUIRRE, de considerar al factoring con recurso y con financiación como “un contrato de préstamo”, la cesión tendría que explicarse en los términos de una cesión pro solvendo que, como reconoce la mejor doctrina civilista (...) tiene igualmente plenos efectos traslativos»*. En relación a lo expuesto, vid. RUEDA MARTÍNEZ, J.A., «Sentencia 11 de febrero de 2003: tercería de dominio. Contrato de factoring. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito», cit., pp. 726 y 727.

omitido en la sentencia la teoría del préstamo en el que la cesión se entiende realizada con finalidad de garantía que, como ya indicamos, carece de carácter traslativo<sup>465</sup>.

No obstante lo expuesto, de la lectura de la citada resolución (STS de 11 de febrero de 2003) se aprecia que indirectamente el Tribunal opta por la tesis de compraventa. Esto es así porque considera el anticipo como pago, afirmándose que el mismo constituye el efecto traslativo de dominio de los créditos cedidos (afirmación que a nuestro juicio es incorrecta, como ya se ha expuesto en este trabajo<sup>466</sup>). En concreto, manifiesta el Tribunal Supremo: *«en el caso que nos ocupa, el contrato de “factoring” entra en el ámbito de los denominados con recurso y financiación, donde la actora pagó una importante cantidad en concepto de anticipo de las facturas después embargadas, lo que no es combatido en el recurso de casación, y esta operación ha plasmado el consiguiente efecto traslativo de dominio»*. Asimismo, el Tribunal acepta los argumentos de la sentencia de instancia, que en cuanto a la explicación de la función cumplida por el anticipo en el *factoring*, reproduce la tesis de la compraventa<sup>467</sup>.

En suma, si bien admitimos con firmeza que el *factoring* con regreso tiene eficacia traslativa, mostramos nuestro desacuerdo con la que podríamos llamar «insinuación» por parte del Tribunal Supremo sobre la caracterización de dicha modalidad como compraventa, por las razones ya expuestas en el apartado anterior, al que nos remitimos para evitar reiteraciones.

---

<sup>465</sup> Vid. *supra* apartado 5.2 del capítulo quinto.

<sup>466</sup> Vid. *supra* apartado 4.1 del capítulo quinto. Tal y como afirma, en relación con esta sentencia, EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», cit., p. 1410, la transmisión de créditos, al ser distinta de la de propiedad y los demás derechos reales, dada su naturaleza de derechos incorpóreos, se produce en nuestro ordenamiento por el mero consentimiento, bastando por consiguiente la conclusión del correspondiente contrato causa de la cesión.

<sup>467</sup> Nos referimos a las manifestaciones vertidas en el Fundamento de Derecho segundo: *«La sentencia de instancia argumenta sobre esta cuestión que “en efecto, no puede ser obstáculo el sistema contemplado en la condición particular novena para el abono de los créditos cedidos, pues aun cuando la existencia del anticipo pudiera justificar la existencia en cierto modo de un pago al contado, aun cuando éste se difiera o aplace al vencimiento del crédito, ello no es más que una modalidad perfectamente factible al amparo del artículo 1450 del Código Civil, según el cual la venta se perfecciona entre comprador y vendedor con el simple acuerdo entre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado” (...) cuyos razonamientos son aceptados por esta Sala»*.

#### **5.4. Concepción propuesta acerca de la naturaleza del *factoring* con regreso**

La STS de 11 de febrero de 2003, que disipó las dudas sobre la traslatividad del *factoring* con regreso, fue una buena oportunidad para que el Tribunal Supremo se pronunciase de una forma pormenorizada sobre su naturaleza jurídica<sup>468</sup>. Sin embargo, no fue así: no lo hizo en ese momento ni en las siguientes ocasiones que se le han presentado. Desde luego, lo relevante de la cuestión era precisar el alcance que debía reconocerse a las cesiones realizadas mediante el contrato de *factoring* con regreso, es decir, que se produjera una unificación de doctrina con respecto a la eficacia traslativa de esta modalidad. Ello se mostraba imperiosamente necesario para resolver los conflictos relativos a la titularidad de los créditos que se suscitaban entre las sociedades de *factoring* y terceros acreedores del cedente (hablamos de las tercerías de dominio, en las que el tercerista o solicitante del levantamiento del embargo trabado sobre los créditos en cuestión – en este caso el factor – tiene la carga de demostrar en el proceso que es el titular de aquéllos desde antes de que se trabara el embargo). También para determinar, en caso de concurso del cedente, si los créditos objeto del contrato de *factoring* con regreso forman parte o no de la masa activa (apuntamos que para la composición de la misma se debe tener presente el principio de universalidad del art. 192 TRLCon), así como para aclarar la naturaleza del derecho que le corresponde al factor ante el concurso de su cliente (por ejemplo, si tiene la posibilidad de ejercitar la acción de separación del art. 239 TRLCon, en el caso de que se incluyesen en la masa activa los créditos que le han sido cedidos).

No obstante la importancia de lo expuesto, opinamos que también es relevante la concreción de la naturaleza jurídica del *factoring* con regreso, ya que ello facilita la comprensión de la función económica del contrato, así como de su propio funcionamiento, cuestión que consideramos significativa. Por ello, nos hemos detenido a estudiar este tema, concluyendo, tras el análisis realizado, que la naturaleza jurídica de esta modalidad es la de descuento bancario (específicamente la línea de descuento,

---

<sup>468</sup> Sobre la carencia en esta sentencia de un análisis particularizado en torno a las distintas teorías existentes en esta modalidad para justificar la transmisión de la propiedad de los créditos se pronuncia RUEDA MARTÍNEZ, J.A., «Sentencia 11 de febrero de 2003: tercería de dominio. Contrato de *factoring*. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito», cit., p. 725.

teniéndose en cuenta el carácter necesariamente global del *factoring*). A pesar de que entre ambas existen diferencias (en concreto, la función de gestión del *factoring* es más amplia que la del descuento, ya que incluye el servicio de contabilidad de los créditos) ambas figuras presentan importantes similitudes (en su función económica, en la responsabilidad que asume el cliente-cedente, en el carácter esencial del anticipo...), como hemos tenido ocasión de destacar en este trabajo<sup>469</sup>.

Según doctrina del Tribunal Supremo, el contrato de descuento «opera con autonomía, al tratarse de un negocio “sui generis”»<sup>470</sup> (STS de 1 de febrero de 1995<sup>471</sup>, STS de 2 de junio de 2004<sup>472</sup>). En cuanto a su traslatividad, se ha afirmado desde antiguo, de forma unánime e indubitada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el descuento posee plena eficacia traslativa<sup>473</sup>. Como establece algún autor, la aptitud del descuento para producir la plena transmisión del crédito se justifica en que la cesión se realiza aquí no solo, ni principalmente, para que el descontante se ocupe de gestionar el cobro del crédito, sino con un propósito crediticio y de financiación que resulta causalmente idóneo, en la estimación realizada por el sistema

---

<sup>469</sup> Vid. *supra* apartado 5.1 del capítulo quinto.

<sup>470</sup> Ya en el año 1990 GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., pp. 210 y ss. defendía esta concepción del contrato de descuento, determinando que «la propia causa del descuento es nueva y esencialmente sui generis, no pudiendo ser confundida con los motivos personales de obtener liquidez vendiendo un crédito, aun con la cláusula “salvo buen fin” (art. 1529 CC). El descuento tiene un carácter sui generis porque una motivación subjetiva, muchas veces repetida en la práctica contractual, fue asumida y objetivizada por el ordenamiento jurídico; concediéndole un cauce jurídico para su satisfacción; un cauce nuevo, porque los cauces tradicionales resultaban insuficientes e incompletos». Así, el autor concluye que el descuento tiene «rasgos de un contrato distinto e independiente de todas las demás figuras contractuales clásicas. Para decirlo brevemente: el descuento es el descuento».

<sup>471</sup> STS de 1 de febrero de 1995, recurso núm. 2605/1991, (RJ 1995\1219)

<sup>472</sup> STS de 2 de junio de 2004, recurso núm. 2081/1998, (RJ 2004\3560).

<sup>473</sup> Así, la STS de 21 de marzo de 1988, (RJ 1998\2220) determina que el descuento «supone el intercambio de un activo financiero por un activo monetario, efectuado con carácter pleno, poseyendo por consiguiente virtualidad traslativa». También la STS de 12 de diciembre de 1987, (RJ 1987\9425), la cual se refiere a un descuento cambiario, dispone que uno de sus efectos característicos «es el traslativo de propiedad del título a favor del Banco». En cuanto a la doctrina, vid. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 267: «por medio del descuento, el Banco adquiere un crédito». Asimismo, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, cit., p. 129: «el contrato de descuento representa una operación activa de crédito, en la que el cliente obtiene un anticipo dinerario equivalente al importe del crédito o efecto que ostenta ante tercero, a cambio de la transmisión en plena titularidad del mismo y de la detracción de un interussurium...».

jurídico, para producir verdaderas transmisiones y cambios de titularidad de los créditos afectados<sup>474</sup>.

## **6. FACTORING COLIGADO A UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA**

En este capítulo nos queda por analizar la situación del *factoring* combinado con un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria. Como indicábamos más arriba<sup>475</sup>, se puede optar por esta configuración para otorgar a la operación de una mayor agilidad, pues con este sistema el cliente-cedente no tiene que estar pendiente de solicitar anticipos sobre el importe de los créditos que le ha cedido al factor, pudiendo disponer de la cantidad concedida por la línea de crédito, que tendrá un límite máximo basado en la cartera de créditos cedida y los márgenes pactados en el contrato<sup>476</sup>. Ahora bien, si el contrato de *factoring* es configurado de esta forma, se nos plantea el interrogante de si ello influye en la causa de la cesión, y como consecuencia, en la naturaleza jurídica del contrato.

Es importante para resolver la cuestión no olvidar que en este caso el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente solo se utiliza para facilitar la operación. Es decir, el negocio que se celebra entre las partes es un contrato de *factoring*, pero lo que ocurre es que para simplificar el servicio de financiación se abre una línea de crédito a favor del cedente, con el fin de que pueda disponer de los anticipos correspondientes a los créditos cedidos de una forma menos engorrosa, sin necesidad de solicitar los

---

<sup>474</sup> Reproducimos las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 145 y 146. Asimismo, el autor establece, en su artículo titulado «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al factoring», cit., p. 180, que los negocios de cesión que atienden a un propósito básico de financiación tienen un efecto traslativo que se infiere de la doctrina general de la cesión de créditos.

<sup>475</sup> *Vid. supra* apartado 2.7 del capítulo cuarto.

<sup>476</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 853; LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 75.



mismos<sup>477</sup>. En definitiva, la apertura de crédito en cuenta corriente es un pacto accesorio respecto del contrato de *factoring*. El efecto principal que tiene el coligar ambos contratos es que, una vez cedidos los créditos al factor, éste pone a disposición del cliente el anticipo de aquéllos mediante la apertura de crédito en cuenta corriente.

Dicho lo anterior, si el contrato de *factoring* está configurado de este modo, ello no afecta a la causa de la cesión. La misma dependerá del contrato de *factoring* que se trate, y, debido a que solo se usará la opción de conexionar el *factoring* con un contrato de apertura de crédito en las modalidades «sin regreso» o «con regreso» (pues son las únicas que posibilitan la anticipación de los créditos cedidos al factor), la causa de la cesión será la obtención de los servicios de *factoring* de gestión, de financiación y de garantía, o solo de los servicios de gestión y de financiación<sup>478</sup>. La cesión tendrá siempre efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos, pues ambas modalidades tienen aptitud para producir la salida de los créditos objeto del *factoring* de la masa patrimonial del cliente-cedente, como ya hemos destacado en el presente capítulo.

Algunos autores<sup>479</sup> han destacado que se describe detalladamente la operativa del contrato de *factoring* coligado con un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente en la STS de 6 de octubre de 2004<sup>480</sup>. La sentencia pormenoriza el clausulado del contrato, indicando que la cláusula primera del mismo disponía que: «*mediante la cesión se transmitía a la cesionaria la plena propiedad de los créditos a cobrar de los deudores por la actividad mercantil de la cedente*». Sigue describiendo la sentencia que «*en base a estas actuaciones y cesiones, la cesionaria abría una línea de crédito a la otra parte para que pudiera disponer de unos anticipos financieros sobre la cartera de créditos cedidos pendientes de cobro, línea que podía tener un máximo del 90% sobre*

---

<sup>477</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 853, indica la posibilidad de que, junto al *factoring*, se contemple una apertura de crédito en cuenta corriente a los efectos de la disposición, por la vía de los anticipos, del importe del crédito cedido por el cliente a la entidad.

<sup>478</sup> Vid. *supra* apartados 4.2 y 5.2 del capítulo quinto.

<sup>479</sup> ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 853; LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 75

<sup>480</sup> STS de 6 de octubre de 2004, (RJ 2004\5986).

*el nominal de la cartera hasta el límite de 45 millones de pesetas y su efectividad, por la cedente, se haría en una cuenta corriente bancaria que se señalaba, cuyo movimiento se llevaría en la cuenta que controlaría la cesionaria, y los saldos deudores que la misma produjera diariamente producirían para la cesionaria el interés que se indicaba en las condiciones particulares anexas, que aumentarían si se produjera un exceso del límite concedido, produciéndose en este caso una suspensión de su disposición hasta que se normalizara el límite convenido».* Siendo el tema principal a resolver la interpretación del contrato que se ha reseñado, se determina por el Tribunal Supremo que aquél constituye un verdadero contrato de *factoring* con regreso, por el que se transmiten los créditos en propiedad.

No obstante lo expuesto, existen autores que consideran que cuando se conexas el contrato de *factoring* con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente la causa de la cesión se encuentra en un contrato diferente al de *factoring*<sup>481</sup>. Manifiestan que, cuando existe esta combinación, las entidades de *factoring* suelen prever que las sumas dispuestas de la línea de crédito se garanticen con los créditos cedidos por parte del cedente, generalizándose por estos autores lo que consideran una práctica habitual<sup>482</sup>. Así pues determinan que la cesión que realiza el cedente tiene como fin exclusivo garantizar la devolución de los saldos deudores de los que fuera acreedora la sociedad de *factoring* frente a su cliente como consecuencia de los actos de disposición que éste realice en relación con la línea de crédito abierta a su favor, encontrándonos por tanto, ante una «prenda ordinaria de créditos»<sup>483</sup>. Esta conclusión tiene importantes consecuencias en caso de concurso del cliente-cedente, pues significa que el factor tendría que formar parte del mismo como acreedor pignoraticio, aplicándose el artículo 270.6º TRLCon, ya que no tendría la titularidad de los créditos cedidos, sino un privilegio especial para el cobro preferente de su crédito sobre los créditos cedidos.

---

<sup>481</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 76.

<sup>482</sup> Sin embargo, a pesar de que los autores afirmen la existencia de ese pacto expreso por el que se establece una cesión en garantía en los casos de *factoring* coligado a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, podemos apreciar que en el contrato que describe la STS de 6 octubre de 2004 no se estipula.

<sup>483</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 114; LEÓN SANZ, F., «Las acciones de reintegración y el contrato de *factoring*», cit., p. 4144.

En relación con lo expuesto, el pacto por el que los créditos cedidos garanticen las sumas dispuestas de la línea de crédito nos parece totalmente improcedente en un contrato de *factoring*. Incluso podríamos decir que desconcertante. Siendo las modalidades «sin regreso» y «con regreso» las que pueden optar a esta conexión con la apertura de crédito en cuenta corriente (debido a que, como hemos indicado precedentemente, son las únicas en las que se presta el servicio de financiación), y siendo ambas traslativas – esto es, que transfieren al factor la titularidad de los créditos cedidos – ¿qué sentido tiene que se prevea que los créditos cedidos garanticen las sumas dispuestas de la línea de crédito?

La coordinación de una cláusula de este tipo con la mecánica del *factoring* resulta sin duda complicada, e incluso provoca, a nuestro juicio, la desnaturalización de la figura. En nuestra opinión, si existe en el supuesto que tratamos un pacto que determine que la cesión de los créditos de los que sea titular el cedente tiene como fin garantizar las disposiciones que se realicen por el mismo de la apertura de crédito, no nos encontramos ante un contrato de *factoring*. Y lo creemos así por el efecto traslativo que esta figura tiene en las modalidades de «sin regreso» y «con regreso» – efecto corroborado por el Tribunal Supremo en varias ocasiones<sup>484</sup> –, lo que no encaja con el hecho de pactar la función de garantía de las referidas cesiones.

Así pues, tras refutar que nos encontremos ante un contrato de *factoring* cuando existe un contrato accesorio de apertura de crédito en cuenta corriente y una cesión en garantía de determinados créditos comerciales del cedente, sostenemos que en dicho caso podríamos encontrarnos simplemente ante un «anticipo de facturas» o, utilizando un término más técnico, ante un «contrato de apertura de crédito mediante anticipos de operaciones comerciales»<sup>485</sup>. Este contrato es distinto al de *factoring*: en él, la línea de

---

<sup>484</sup> Vid. *supra* apartados 4.2 y 5.3 del capítulo quinto.

<sup>485</sup> Sobre este tipo de contrato, vid. RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», cit., pp. 59 y ss. El autor señala que en el tráfico se utiliza una heterogénea terminología para referirse a él, lo que conlleva inconvenientes. Indica que la denominación más extendida en la práctica es la de «crédito mediante anticipos de operaciones comerciales», si bien destacamos que en las sentencias estudiadas sobre la cuestión el contrato es denominado por los tribunales como «anticipo de facturas», y por las partes como «póliza de crédito para la realización de operaciones de comercio exterior» o similar –vid. SAP Murcia de 22 de enero de 2008, recurso núm. 167/2007, (JUR 2008\392583) y SAP Barcelona de 4 de diciembre de 2009, recurso núm. 237/2009, (JUR 2010\76772) –.

crédito es objeto de disposición a través de los anticipos de aquellos créditos de los que el acreditado es titular en virtud de las operaciones que mantiene con terceros en el desarrollo de su actividad empresarial<sup>486</sup>. Cuando el cliente dispone de la línea de crédito a su favor, lo hace cediendo aquellos créditos. Por lo que en este caso, la cesión se produce singularmente con motivo de cada acto de disposición de la apertura de crédito, es decir, con cada disposición que se haga. Esto significa que el cliente no tendría que ceder los créditos cuya financiación no llegara a solicitar.

Dicho contrato refleja una gran complejidad tanto en su naturaleza jurídica como en sus efectos, siendo difícil su diferenciación respecto de figuras afines (sobre todo respecto del *factoring*)<sup>487</sup>. En la gran mayoría de los casos se atribuye al Banco la gestión del cobro de los créditos cedidos. Pero en otros, además, se pacta que las cesiones realizadas cumplan también una función de garantía, ofreciendo al Banco seguridad en la devolución de las cantidades dispuestas de la línea de crédito<sup>488</sup>. Así

---

<sup>486</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», cit., p. 59.

<sup>487</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», cit., pp. 62 y 66. Ello conlleva que los tribunales tengan que dedicarse a analizar el contrato concreto, para dilucidar de qué tipo de operación se trata. *Vid. ad. ex.* la SAP Murcia de 22 de enero de 2008, recurso núm. 167/2007, (JUR 2008\392583): «*la finalidad de la entrega de facturas o remesas es el anticipo de dinero a través de la línea de crédito y su cobro por el Banco, pero no se trataban en el presente caso de un contrato de factoring, sino de una póliza de crédito para operaciones de comercio exterior – nombre con el que también se conoce el contrato de crédito mediante anticipos de operaciones comerciales –*». *Vid.* también la SAP Barcelona de 4 de diciembre de 2009, recurso núm. 237/2009, (JUR 2010\76772): «*la estipulación primera del contrato deja claro que, a través de éste, el banco concede al acreditado una línea de crédito hasta el importe máximo convenido, con la finalidad de dotar de cobertura a las operaciones de comercio exterior que en lo sucesivo pudieran concertarse entre las partes, para asegurar los riesgos que derivaran de dichas operaciones. Esta concesión de crédito podía amparar operaciones de descuento y factoring, pero también otro tipo de operaciones, como el simple anticipo de facturas, sin cesión del crédito. Es aquí precisamente donde radica la cuestión controvertida*».

<sup>488</sup> El profesor RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», cit., p. 93, inicialmente señala que, «*en todo caso, la identificación de esta finalidad de garantía se trata de una cuestión que en cada caso requiere ser verificada*», pero inmediatamente después apunta que «*no obstante, cuando coetáneamente se pactan el contrato de crédito y las cesiones puede presumirse que los fines de éstas son los de garantizar el crédito concedido a partir de las disposiciones realizadas*». Nos mostramos contrarios a esa presunción, pues creemos que la cesión solo podrá tener función de garantía cuando así se establezca en el contrato. Así, la SAP Murcia de 22 de enero de 2008, recurso núm. 167/2007, (JUR 2008\392583), que interpreta el clausulado de un contrato de anticipo de facturas, niega que la cesión se produjera con finalidad de garantía, determinando que «*la cesión de las facturas al banco no implicaba la constitución de ninguna garantía especial, sino de una cesión con finalidad de cobro*» pues «*de la lectura de la póliza de crédito no se desprende que se establezca algún tipo de garantía especial*». De este modo, desestima

## Capítulo quinto. Naturaleza jurídica del contrato

pues, los créditos cedidos por el cliente funcionarían como garantía del saldo deudor de la línea de crédito.

Tras las reflexiones realizadas concluimos lo siguiente: es el «anticipo de facturas» o «contrato de crédito mediante anticipos de operaciones comerciales» el tipo contractual en el que puede otorgarse a la cesión de los créditos realizada por el cliente la finalidad de garantizar el saldo dispuesto de la línea de crédito accesoria al contrato, ya que en esta operación el Banco no adquiere la titularidad plena de los créditos cedidos – a diferencia de la sociedad de *factoring*, pues las modalidades que pueden coligarse con la apertura de crédito en cuenta corriente se caracterizan esencialmente por la transmisión de la titularidad de los créditos al factor<sup>489</sup> –.

---

la pretensión de la entidad bancaria apelante, que solicitaba que se le reconociera como acreedora pignoraticia en el concurso de su cliente.

<sup>489</sup> Que en el contrato de anticipo de facturas no se transmiten plenamente los créditos, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de *factoring* es destacado por RECALDE CASTELLS, A., «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», cit., p. 68.

## **CAPÍTULO SEXTO. EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LAS CESIONES DE CRÉDITOS REALIZADAS EN VIRTUD DEL CONTRATO DE FACTORING**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Llegados a este punto, resulta procedente tratar el tema de la eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos realizada mediante este contrato frente a terceros en sentido estricto, esto es, frente a los acreedores del cedente y frente a otros cesionarios del crédito<sup>490</sup>. Tras un examen de la jurisprudencia es fácil percatarse de que los conflictos entre los acreedores del cliente de *factoring* y el factor han sido frecuentes en nuestra práctica jurídica, por intentar aquéllos satisfacer sus créditos mediante el embargo de los que habían sido objeto de la operativa de *factoring*<sup>491</sup>. Igualmente, pueden producirse conflictos entre cesionarios, en los casos de cesión doble o múltiple del mismo crédito.

Lo relevante en este apartado es determinar el momento en que la cesión es oponible, centrándonos sobre todo en la cesión de créditos futuros, por ser el *factoring* como cesión global anticipada la modalidad utilizada hoy día. Dilucidar esta cuestión tiene bastante importancia a efectos de determinar la prioridad temporal o prevalencia del cesionario respecto de los acreedores del cedente (o respecto de otros cesionarios del mismo crédito)<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Embargo de créditos cedidos: oponibilidad de la cesión. Sentencia de 28 de noviembre 2012 (RJ 2013, 1618)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, p. 283.

<sup>491</sup> *Vid. ad. ex.* STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938); STS de 6 de octubre de 2004, (RJ 2004\5986); STS de 31 de mayo de 2007, recurso núm. 2168/2000, (RJ 2007\3567); STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2011, recurso núm. 359/2011, (AS 2011\2425); SAP Madrid de 10 de julio de 1996, recurso núm. 166/1995, (AC 1996\2553); SAP Tarragona de 27 de septiembre de 2000, recurso núm. 510/1999, (JUR 2001\41325); AAP Valencia de 23 de septiembre de 2002, recurso núm. 451/2002, (AC 2002\1714); SAP Zaragoza de 27 de septiembre de 2006, recurso núm. 318/2006, (AC 2006\2189).

<sup>492</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Embargo de créditos cedidos: oponibilidad de la cesión. Sentencia de 28 de noviembre 2012 (RJ 2013, 1618)», *cit.*, p. 283, describe la tarea de determinar cuándo el crédito es oponible frente a terceros como «*un aspecto crucial*».

## Capítulo sexto. Eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos realizadas en virtud del contrato de *factoring*

Tal y como destaca algún autor<sup>493</sup>, la cuestión que aquí tratamos (eficacia y oponibilidad de la cesión) se refiere únicamente a las modalidades de *factoring* que producen desplazamiento de los créditos del patrimonio del cliente-cedente al patrimonio del factor – es decir, aquéllas que son traslativas: *factoring* sin regreso y *factoring* con regreso–. En los casos de *factoring* en comisión de cobranza, debido a que esta modalidad no tiene aptitud para producir una cesión plena, el cesionario no puede oponer la cesión frente a los terceros interesados en el patrimonio de su cliente y el embargo del crédito por éstos sería plenamente eficaz, independientemente de la prioridad temporal o no de su título jurídico, careciendo el cesionario de acción de tercería alguna<sup>494</sup>.

### 2. NORMATIVA GENERAL DE OponIBILIDAD EN NUESTRO DERECHO: EL ARTÍCULO 1526 CC

La eficacia de la cesión frente a terceros se recoge en el 1526 CC. El mismo dispone: «*La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad con los artículos 1218 y 1227*». El artículo 1218 trata de los documentos públicos: si la cesión de créditos consta en un documento público será oponible desde la fecha del mismo<sup>495</sup>. El artículo 1227 se refiere a los documentos privados: si el documento en el que se recoge la cesión es privado, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros, la fecha no se contará sino desde el día en que se hubiese incorporado o inscrito en un registro público, desde de la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un

---

<sup>493</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 174.

<sup>494</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1041; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 174.

<sup>495</sup> El artículo 1218 CC dispone: «*Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros*».

funcionario público por razón de su oficio<sup>496</sup>. No obstante, respecto de este último artículo, es jurisprudencia muy reiterada del Tribunal Supremo que la fecha de un documento privado puede ser acreditada por cualquier medio de prueba del que resulte suficientemente la realidad de la fecha reflejada, de tal forma que la regla del artículo 1227 CC resulta solo aplicable cuando no exista ningún medio de prueba de la certeza de la fecha consignada en el documento privado<sup>497</sup>.

Aunque en la cesión de créditos impera el principio general de libertad de forma, siendo suficiente para su perfección el mero consentimiento de cedente y cesionario, el artículo 1526 CC presupone que ha mediado algún documento, estableciendo la fehaciencia de la fecha de la cesión como requisito de su oponibilidad respecto del tercero, que en el supuesto que nos ocupa, pueden ser los acreedores del cedente u otros cesionarios diferentes, en el caso de una doble cesión<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> Según GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 204, la interpretación de estos hechos que logran la certeza de la fecha es la siguiente: «respecto a la incorporación o inscripción del documento en un registro público hay que entender que ésta comprende cualquier asiento registral, siendo suficiente la presentación en el registro de entrada, y siendo indiferente la clase de registro en que se inscriba. Por otra parte, y en relación con la muerte de alguna de las partes, no se plantean problemas y hay que considerarla como una causa lógica, ya que la firma individualiza al autor. Por último, y respecto a la entrega del documento a un funcionario público en razón de su cargo, hay que afirmar que se trata de un supuesto en el que el funcionario, en cuanto tal, pueda acreditar, no con el carácter de testigo, tal entrega del documento mediante un acto o documento en el ejercicio de su cargo».

<sup>497</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 176. Al respecto, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1100: «Es jurisprudencia muy reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la norma del artículo 1227 CC solo es aplicable cuando el hecho a que se refiere únicamente puede quedar demostrado por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece»; así como GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 203; ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 134. En cuanto a la jurisprudencia, *vid.*, entre otras, SSTS de 11 de abril de 1988, (RJ 1988/3120); de 9 de julio de 1988, (RJ 1988/5684); de 20 de octubre de 1989, (RJ 1989/6945); de 2 de noviembre de 1993, recurso núm. 3093/1990, (RJ 1993/8564); de 18 de abril de 2000, recurso núm. 2056/1995, (RJ 2000/2158).

<sup>498</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 981. Contra, PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., pág. 1099, que sobre el artículo 1526 CC determina: «aunque otra cosa induzca a hacer pensar su impreciso tenor literal, tampoco establece dicho precepto un requisito de eficacia de la cesión frente a terceros, sino, expresándose con propiedad, un requisito para la prueba de la cesión contra terceros». Por ello, considera el autor que el artículo 1526 CC no se trata de una norma «sustantiva», sino de una norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha. Sobre este tema también se pronuncia GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 1526», AA.VV., *Comentarios al Código Civil: Tomo VIII (Arts. 1485 a 1759)* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, 2013, p. 10805: «A



## Capítulo sexto. Eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos realizadas en virtud del contrato de *factoring*

En definitiva, la finalidad del artículo 1526 CC es de protección de los terceros, impidiendo que los intereses de éstos sean defraudados mediante la simulación de una cesión de fecha anterior<sup>499</sup>. Así, el cesionario podrá prevalecer sobre los acreedores del cedente o sobre otros cesionarios del mismo crédito cuando acredite la prioridad temporal de su derecho, ya sea mediante documento público, o cuando se trate de un documento privado, cuando la fecha de éste pueda ser averada por cualquier medio de prueba<sup>500</sup>.

### 3. Oponibilidad de determinadas cesiones de crédito: el apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero

Sin perjuicio del régimen general de oponibilidad, explicado precedentemente, la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, recoge en su apartado segundo un régimen de eficacia frente a terceros aplicable a las cesiones de crédito a las que la misma se refiere. Como ya hemos expuesto en este trabajo, esta disposición adicional se aplica al *factoring* con regreso y sin regreso, o dicho de una forma más correcta, a las cesiones de crédito que se efectúan al amparo de esas modalidades<sup>501</sup>. Dicho precepto dispone que:

---

*mi juicio, la oponibilidad a terceros, en general, precisa una cesión que conste del modo indicado en el art. 1526 I CC y la norma tiene un significado sustantivo estableciendo un requisito cuyo cumplimiento es necesario para que el cesionario pueda hacer valer erga omnes su titularidad frente a aquellos que puedan resultar perjudicados, señaladamente si se trata de otros acreedores del cedente».*

<sup>499</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Embargo de créditos cedidos: oponibilidad de la cesión. Sentencia de 28 de noviembre 2012 (RJ 2013, 1618)», cit., p. 286; PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., pág. 1100; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 176; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 1526», cit., p. 10804.

<sup>500</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 177.

<sup>501</sup> Ya expusimos precedentemente (*vid. supra* apartado 5.1 del capítulo segundo) que la Ley 1/1999, de 5 de enero, recoge en su exposición de motivos que la disposición adicional tercera «*persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como factoring*». Ello sin perjuicio de que también pueda aplicarse a otras cesiones de crédito distintas a las propias del contrato de *factoring*, cuestión esta que también hemos tratado (*vid. supra* apartado 5.1 del capítulo quinto).

*«2. Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por algunos de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho».*

Si lo comparamos con el artículo 1526 CC, nos percatamos de que este último está pensando en la cesión individual de un crédito (podemos apreciar esa individualidad de su tenor literal: *«la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero...»*). Sin embargo, el apartado segundo de la disposición adicional tercera se refiere a las cesiones de créditos empresariales a las que se les aplica la misma, esto es, a las que cumplan las condiciones establecidas en su apartado primero, el cual, en cuanto a los requisitos objetivos de los créditos, se refiere a los cedidos globalmente en masa<sup>502</sup>. Por tanto, dicho apartado alude no a la cesión individual, sino a la cesión de un conjunto de créditos que es propia del contrato de *factoring*, de acuerdo con el principio de globalidad presente en su operativa. Como otra diferencia con el artículo 1526 CC podemos destacar que el apartado segundo de la disposición adicional tercera establece que la certeza de la fecha del contrato de cesión debe justificarse por algunos de los medios establecidos los artículos 1218 y 1227 CC, añadiendo que también puede demostrarse *«por cualquier otro medio admitido en derecho»*. De ello se aprecia que el legislador ha querido plasmar por escrito la doctrina jurisprudencial del artículo 1227 CC – que ya expusimos en el apartado anterior –. Sin embargo, al igual que han destacado algunos autores, consideramos que el contenido del apartado no es el más adecuado<sup>503</sup>: resulta superfluo recoger el contenido normativo limitativo del artículo 1526 CC para luego añadir un inciso final que admite todos los demás medios de prueba

---

<sup>502</sup> Específicamente el apartado primero establece: *«Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones (...) 3.ª: que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión o nazcan de la actividad empresarial que el 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»*. Este precepto se refiere en plural a *«los créditos objeto de cesión»* por lo que alude a la cesión global en masa.

<sup>503</sup> Vid. ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 76, que define como criticable la técnica jurídica usada por el legislador en la redacción de este artículo. Comparte la opinión de este autor GARCÍA VILLAVERDE, R., *«Quiebra y contrato de factoring»*, cit., p. 33.

**Capítulo sexto. Eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos realizadas en virtud del contrato de *factoring***

y elimina de este modo tal carácter limitativo. Desde luego, hubiese sido más lógico utilizar otro tipo de técnica jurídica en la redacción del apartado que tratamos.

Sin duda, el aspecto a destacar de la regulación de la eficacia frente a terceros que realiza la citada disposición adicional es que establece la oponibilidad de las cesiones que la misma contempla «*desde la fecha de celebración del contrato de cesión*», fecha cuya certeza exige la norma que se justifique<sup>504</sup>. Es decir, teniéndose en cuenta que la modalidad utilizada actualmente es el *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros y que es práctica habitual elevar dicho contrato a escritura pública, desde la fecha de aquella la cesión de los créditos efectuada bajo los tipos de *factoring* sin regreso y con regreso será oponible frente a los terceros interesados en el patrimonio del cedente y frente al concurso de éste<sup>505</sup>. Ello ha dado lugar a duras críticas por parte de un sector de la doctrina que, teniendo en cuenta la posibilidad de ceder créditos futuros de relaciones jurídicas o contratos todavía no celebrados en el momento de la cesión anticipada<sup>506</sup>, considera inadmisibles que dichos créditos sean oponibles frente a terceros desde la fecha del contrato de cesión<sup>507</sup>. Resulta ilustrativo para comprender la importancia práctica de este apartado segundo que nos detengamos en esta cuestión.

---

<sup>504</sup> Destaca la importancia de esta cuestión GARCÍA SOLÉ, F. en «La reciente normativa sobre el *factoring*», cit., p. 1653 y en «Anexo. Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito», cit., p. 603. También GARCÍA VILLAVARDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 33, que la define como «*de gran alcance práctico*».

<sup>505</sup> No será así en el caso de un *factoring* preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores, debido a que en este supuesto no cabe atribuir ninguna significación a la elevación a escritura pública del contrato de *factoring* como tal, ya que el mismo se limita a crear una situación meramente obligatoria que no comporta ningún tipo de efecto transmisivo. Así se destaca con acierto por GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 177 y 178, que, además, indica: «*en un caso así, al existir tantos negocios de cesión como créditos se transfieran y al ser estos negocios los únicos productores de efectos dispositivos, es claro que la eficacia de las cesiones ha de ser necesariamente valorada en relación a dichos negocios y no respecto del propio contrato de factoring*». Sin embargo, la STSJ Galicia, de 8 de mayo de 2018, recurso núm. 811/2018, (AS 2018\1769), en un caso de *factoring* preliminar, atribuyó la eficacia frente a terceros de la cesión en cuestión desde la fecha de celebración del contrato de *factoring*, lo cual nos parece sumamente desacertado.

<sup>506</sup> Vid. *supra* apartado 2.2.1 del capítulo tercero.

<sup>507</sup> ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y *factoring*», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, p. 17. Un poco escéptico se muestra GARCÍA VILLAVARDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 33.

La doctrina a la que nos referimos parte de la distinción entre créditos «simplemente futuros» y créditos «puramente futuros»<sup>508</sup>. Los primeros se refieren a aquellos que nacen de relaciones jurídicas ya existentes en el momento de celebrarse la cesión. Los segundos, en cambio, se refieren a los que nacen de relaciones jurídicas todavía no entabladas en el momento de celebrarse la cesión. Pues bien, según estos autores el momento en que produce eficacia la cesión es diferente en uno y otro caso: mientras que los créditos simplemente futuros son oponibles desde la fecha en que se produjo la cesión, no consideran que suceda lo mismo con los créditos puramente futuros<sup>509</sup>. Fundamentan que ese efecto retroactivo establecido por el apartado segundo de la disposición adicional que tratamos no se produce en los casos de créditos futuros que surgen de relaciones jurídicas que no existían en el momento de la cesión porque aquí, lo que es objeto del negocio de cesión, es una mera expectativa de hecho, siendo la eventualidad total. Por tanto, consideran que, debido a que en el momento de la cesión el derecho del cesionario aparece todavía muy debilitado, el crédito será eficaz frente a terceros desde el momento del surgimiento de la relación o del contrato fuente del mismo, puesto que afirman que en ese momento adquiere el cesionario la expectativa de derecho<sup>510</sup>. Por ello, los autores a favor de esta tesis abogan por la derogación del apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero<sup>511</sup>.

En relación con la tesis apenas expuesta, nosotros nos mostramos contrarios a la misma: no estimamos correcta en el tema en que tratamos la distinción de los créditos futuros en función de que nazcan de relaciones jurídicas preexistentes al momento de la cesión o de contratos todavía no celebrados cuando se realiza la misma, teniendo cada

---

<sup>508</sup> Realiza esta distinción ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y factoring» cit., p. 6. Destaca el alcance discutido de esta distinción de créditos futuros por «grados de futuridad» GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 1526», cit., p. 10796.

<sup>509</sup> Tal y como destaca RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., «Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1765, esta tesis defendida por ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y factoring», cit., p. 17, parte de un posterior desarrollo de las ideas de PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1095.

<sup>510</sup> ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y factoring», cit., pp. 17 y 18.

<sup>511</sup> ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y factoring», cit., p. 35 (especialmente nota núm. 113), que siendo bastante crítico con la disposición adicional tercera en general (aunque sobre todo con la previsión sobre la oponibilidad de la cesión) reclama la abrogación de la misma.

## Capítulo sexto. Eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos realizadas en virtud del contrato de *factoring*

grupo eficacia frente a terceros en diferentes momentos. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo se ha referido a esta teoría en algún caso (*vid.* la STS 22 de febrero de 2008<sup>512</sup>), en los supuestos en los que se ha referido a las cesiones anticipadas de créditos futuros a las que les son aplicables la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, ha señalado que tienen eficacia frente a terceros desde la fecha cierta de celebración del contrato de cesión, omitiendo distinciones. Así, la STS de 6 de noviembre de 2013<sup>513</sup> dispone que: «*conforme a lo prescrito en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, la cesión de créditos tiene eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión, documentado en escritura pública, porque el crédito objeto de cesión o bien ya existía a la fecha de la cesión o, cuando menos, constaba en el contrato de cesión la identidad del deudor*».

Aunque nuestro legislador en la redacción de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, siguió el modelo de la norma italiana «*Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*», no estableció el mismo sistema de eficacia frente a terceros que ésta recoge. Esto ha sido criticado por parte de la doctrina española que considera que el sistema italiano aporta una mayor seguridad en el tráfico, ya que no extiende tanto los efectos contra terceros<sup>514</sup>. Así, la *Legge 52/1991* toma como referencia el anticipo, total o parcial, del importe de los créditos cedidos como criterio de la oponibilidad de la cesión frente a terceros, exigiendo que el mismo tenga fecha

---

<sup>512</sup> STS de 22 de febrero de 2008, recurso núm. 5666/2000, (RJ 2008\3048): «*Las cesiones de créditos futuros (llamadas "cesiones anticipadas") exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina "que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (artículo 1271), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor". (...) Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de cesión anticipada, el crédito en cuestión – según la opinión doctrinal que parece más fundada – "nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aun la libre disposición del patrimonio"*».

<sup>513</sup> STS de 6 de noviembre de 2013, recurso núm. 1703/2011, (RJ 2013\7863).

<sup>514</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de crédito*, cit., p. 141, GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., p. 33.

cierta<sup>515</sup>. Además, reconoce la posibilidad de acudir a las formas comunes de oponibilidad del *Codice Civile* (art. 1265)<sup>516</sup>. En nuestra opinión, el sistema de eficacia frente a terceros seguido por nuestro legislador en la norma que tratamos se asimila más al que se estableció en la *Ley Dailly* francesa, la cual dispuso que la cesión producía efecto frente a terceros desde la fecha del *bordereau* (cesión)<sup>517</sup>.

En otro orden de cosas, cabe destacar por último, que este apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, consagra la eficacia traslativa del *factoring* sin regreso y con regreso<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> Sobre el tema, *vid.* CLARIZIA, R., «Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza», *cit.*, p. 868, autor que considera el sistema adecuado y acorde con las características del *factoring*: «*La soluzione prospettata dalla legge è dunque consona ed adeguata alle peculiari caratteristiche del factoring, caratteristiche distintive rispetto ad una ordinaria cessione di crediti*». *Vid.* también BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, *cit.*, pp. 288 y ss.

<sup>516</sup> Establece la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa* en su artículo 5 (*efficacia della cessione nei confronti dei terzi*): «*1. Qualora il cessionario abbia pagato in tutto o in parte il corrispettivo della cessione ed il pagamento abbia data certa, la cessione è opponibile: a) agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi anteriormente alla data del pagamento; b) al creditore del cedente, che abbia pignorato il crédito dopo la data del pagamento; c) al fallimento del cedente dichiarato dopo la data del pagamento, salvo quanto disposto dall'articolo 7, comma 1.*

*2. È fatta salva per il cessionario la facoltà di rendere la cessione opponibile ai terzi nei modi previsti dal Codice Civile.*

*3. È fatta salva l'efficacia liberatoria secondo le norme del Codice Civile dei pagamenti eseguiti dal debitore ai terzi*».

<sup>517</sup> Sobre la *Ley Dailly* de 1981, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, *cit.*, p. 184. *Vid.* también ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y factoring», *cit.*, p. 30, autor que indica que la regulación actual del sistema de eficacia frente a terceros al que nos referimos en el texto se encuentra en el artículo L313-27 del *Code Monétaire et Financier* de 14 de enero de 2008: «*la cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs*».

<sup>518</sup> Así lo destaca con acierto GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al factoring», *cit.*, pp. 179 y 182, «*De ahí a que el precepto en cuestión haya venido a consagrar para los negocios de cesión que atienden a un propósito básico de financiación un efecto traslativo que había de inferirse ya de la doctrina general de la cesión de créditos – pero que en la práctica sigue produciendo numerosas vacilaciones jurisprudenciales – y a extenderles el particular régimen de oponibilidad que establece...*».

## CAPÍTULO SÉPTIMO. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO DE *FACTORING*

### 1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN Y RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN

Tal y como ha señalado la doctrina, el tema de los efectos del concurso sobre los contratos es una materia ardua, debido tanto a su carácter técnico como a la difícil interpretación de los preceptos aplicables (refiriéndose dicha doctrina a los arts. 61 a 70 LCon, los cuales corresponden a los arts. 156 a 191 TRLCon)<sup>519</sup>. Si tratamos de los efectos del concurso sobre el contrato de *factoring*, la cuestión se presenta especialmente complicada, a causa de la complejidad de este contrato, que cuenta con varias modalidades (comisión de cobranza, con regreso y sin regreso) que pueden incluso solaparse entre sí (recordemos la flexibilidad que caracteriza a la figura, pues puede darse un *factoring* sin regreso hasta que el importe de los créditos alcance una cantidad establecida, entendiéndose adquiridos con carácter «con regreso» los créditos nacidos o cedidos a partir de dicho límite; o puede establecerse, en un *factoring* con regreso o sin regreso, que los créditos que no cumplan los requisitos establecidos en el

---

<sup>519</sup> Destacan la complejidad de esta disciplina RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2014, p. 281; SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, p. 101, así como SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, 2009, p. 425.

Específicamente, en el TRLCon, es el Capítulo IV del Título III («*De los efectos sobre los contratos*») el que reúne los artículos 156 a 191, clasificándolos en cinco secciones: la Sección 1ª, titulada de la misma forma que el capítulo que la contiene, comprende los artículos 156 a 159; la Sección 2ª, dedicada a la resolución de los contratos, contiene los artículos 160 a 164 en su primera subsección («*De la resolución por incumplimiento*»), y recoge el artículo 165 en su segunda subsección («*De la resolución en interés del concurso*»); la Sección 3ª, que trata del derecho a la rehabilitación de contratos, comprende los artículos 166 a 168; la Sección 4ª, relativa a los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos, agrupa los artículos 169 a 185 en su primera subsección («*De los efectos sobre los contratos de trabajo*»), los artículos 186 a 188 en su segunda subsección («*De los efectos sobre los contratos del personal de alta dirección*»), y el artículo 189 en su subsección tercera («*De los efectos sobre los convenios colectivos*»); y la Sección 5ª, dedicada a los efectos sobre los contratos con las administraciones públicas, contiene los artículos 190 y 191.

contrato se entiendan cedidos en comisión de cobranza)<sup>520</sup>. En este enrevesado laberinto hay que tener presente, además, que el contrato de *factoring* supone una relación triangular, en la que intervienen el cliente, la sociedad de *factoring* y el deudor cedido<sup>521</sup>.

Vemos necesario especificar, con relación al título del capítulo en general y antes de seguir con el tema de los efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*, que se podría analizar el tratamiento concursal de este contrato enfocado al concurso de cualquiera de los sujetos señalados (cliente-cedente/sociedad de *factoring*/deudor cedido) pero nosotros nos centraremos en el concurso del cedente de los créditos. El porqué de esta decisión se explica de la siguiente forma: en primer lugar, si tratáramos el concurso del factor entraría en juego normativa especial. Como señalábamos al principio de este trabajo, la sociedad de *factoring* puede ser una entidad de crédito en sentido estricto o un establecimiento financiero de crédito, estando estos dos tipos de entidades sujetas a las normas de supervisión y regulación financieras<sup>522</sup>. En segundo lugar, porque el supuesto de concurso del factor debe verse como un supuesto claramente residual. No queremos decir con esto que el concurso de la sociedad de *factoring* sea imposible, sino que es extraño, siendo el supuesto que se da normalmente en la práctica el concurso del cedente<sup>523</sup>.

---

<sup>520</sup> A los problemas en general del tratamiento concursal del contrato de *factoring* se refiere ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 243, materia que califica como «*extremadamente compleja*». Con anterioridad a la LCon, GARCÍA VILLAVÉRDE, R., «Quiebra y contrato de factoring», cit., p. 13, señalaba que la quiebra planteaba a los contratos de *factoring* todo un conjunto de problemas. Sobre la flexibilidad que caracteriza el contrato de *factoring*, *vid. supra* apartado 4.2 del capítulo segundo de este trabajo.

<sup>521</sup> Si bien, recordamos que las partes del contrato de *factoring* solo son dos: la sociedad de *factoring* y el cliente cedente. Los deudores cedidos no son parte del contrato y no lo suscriben a título alguno. Sin embargo, quedan afectados por el mismo, pues se produce la cesión de los créditos de los que ellos son deudores a un tercero: el factor (apartado 1 del capítulo segundo)

<sup>522</sup> Con relación al concurso de la sociedad de *factoring*, si ésta es un establecimiento financiero de crédito, el artículo 7.2 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015), indica que se le aplicará la normativa sobre régimen concursal prevista para las entidades de crédito.

<sup>523</sup> En idéntico sentido, ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 276. CAIAFA A., «Il contratto di factoring», AA.VV., *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi* (dir. Antonio Caiafa), Roma, 2018, p. 530, considera improbable el concurso del factor: «*nell'ipotesi di fallimento del factor – pur se improbabile*,



La otra posibilidad es que tratásemos el concurso del deudor cedido. Lo que nos lleva a rechazar esta opción es que, en este caso, los problemas no se presentan con relación al contrato, debido a que el deudor es un tercero con respecto a la relación contractual. Por tanto, el concurso de éste no tiene ninguna incidencia sobre la situación del contrato de *factoring*<sup>524</sup>. En consecuencia, en el ámbito que tratamos, el supuesto carece de interés: ante el concurso del deudor cedido, el factor, como cualquier otro acreedor, tiene que comunicar sus créditos frente a aquél a la administración concursal, si el *factoring* se hubiese configurado como sin regreso o propio (y siempre que se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el contrato para que se produzca la asunción del riesgo de insolvencia por el factor); si fuera un *factoring* con regreso o impropio, quien tiene que comunicar sus créditos frente al deudor cedido será el cliente-cedente. Ello es así porque las consecuencias del concurso del deudor cedido deben afectar a quien haya asumido el riesgo de la insolvencia: la sociedad de *factoring*, en la modalidad sin regreso, y el cliente-cedente, en la modalidad con regreso<sup>525</sup>.

Una vez proporcionada la oportuna explicación precedente, reiteramos que nos centraremos en el concurso del cedente de los créditos, esto es, en el concurso del cliente de *factoring*. Debido a que el *factoring* es un contrato con obligaciones recíprocas – como más adelante detallaremos – en caso de que el cliente-cedente sea declarado en concurso, al contrato se le aplicaría, en principio, el artículo 157 o el artículo 158 TRLCon. Estos preceptos regulan los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos sinalagmáticos (es decir, sobre los contratos con obligaciones recíprocas). El citado artículo 157 TRLCon se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por sólo una parte y el artículo 158

---

*atteso che trattasi di attività, per lo più, svolta da società collegate al sistema bancario...»). Asimismo, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1274, determina, con respecto al concurso del factor, que se trata de «un supuesto de laboratorio».*

<sup>524</sup> En este sentido se pronuncia ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 277, el cual indica con acierto que, en el caso de concurso del deudor cedido «los problemas no se presentan con relación al contrato, sino solo en lo que se refiere a la posibilidad de que los actos de pago de las obligaciones pudieran ser objeto de rescisión con arreglo a los arts. 71 y ss. LCon – arts. 226 y ss. del TRLCon –». Trataremos este tema en el capítulo siguiente, dedicado al estudio del ejercicio de la acción rescisoria concursal frente al contrato de *factoring*.

<sup>525</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 101.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

TRLCon a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, estableciendo cada uno de estos preceptos regímenes distintos a cada grupo. Pero la consecuencia común es la siguiente: la declaración de concurso no afecta a la vigencia del contrato. Se establece el mantenimiento de los contratos frente a la declaración judicial de insolvencia a través de un principio general de vigencia, instaurado en el artículo 156 TRLCon<sup>526</sup>.

Este principio se explica porque, en general, nuestra normativa concursal aboga por la conservación de la actividad empresarial<sup>527</sup>. En este sentido se pronuncia el artículo

---

<sup>526</sup> El principio general de vigencia de los contratos una vez declarado el concurso, constituido en el artículo 156 TRLCon, ha sido todo un acierto. Y lo consideramos así porque la LCon no establecía dicho principio de vigencia con carácter general, sino que se refería al mismo en el título del artículo 61, que regulaba los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, volviéndolo a nombrar en el apartado dedicado a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LCon). También destacaba dicho principio de vigencia en su exposición de motivos (III), relacionándolo con la situación que se acaba de exponer (contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes). Ello tuvo como consecuencia que autores como BLASCO GASCÓ, F.P. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (1)», AA.VV., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), Tomo XVIII, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 45, entendieran que «*el principio de vigencia de los contratos se limita a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; es decir, no a todos los contratos (sólo a los de obligaciones recíprocas o contratos sinalagmáticos) y no a todos los sinalagmáticos (sólo a aquéllos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes)*». En el mismo sentido se pronunciaba SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 104.

No obstante, vigente la LCon, autores como RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 283, acertadamente extendían dicho principio de vigencia a todo el abanico de relaciones negociales que estuvieran en vigor al instante de la declaración en concurso, incluyendo los contratos unilaterales, los no sinalagmáticos y las relaciones negociales plurilaterales o de organización, explicando que «*la norma obedece a la idea de que el concurso incida en el discurrir cotidiano del deudor y de quienes con él se relacionan en lo mínimo indispensable para garantizar sus objetivos y de que, mientras sea factible y no enfrente a esos objetivos, la actividad profesional o empresarial del deudor continúe...*».

<sup>527</sup> Sobre el principio de conservación de la actividad del deudor concursado en nuestro procedimiento concursal, vid. SANCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 426; ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Valencia, 2018, pp. 48 y ss.; FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, Barcelona, 2013, p. 56.

Se hace preciso destacar que, en nuestro Derecho anterior, contábamos con una dualidad de procedimientos de insolvencia empresarial: la quiebra y la suspensión de pagos. El primero de ellos tenía una finalidad solutoria, a través de la liquidación del patrimonio del deudor; mientras que el segundo perseguía la continuidad de la actividad del concursado, a través de un convenio con los acreedores. Es decir, en casos de crisis empresarial, existían procedimientos distintos según cuál fuera la finalidad perseguida (liquidatoria o conservadora). Pero, además, se daba la paradoja de que, aunque la finalidad esencial de la quiebra fuese la liquidación, la Ley permitía concluirla a través de un convenio entre el quebrado y sus acreedores, esto es, mediante un convenio de continuidad; y en el caso de suspensión de

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

111.1 TRLCon: «*La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor*»<sup>528</sup>. Es decir, la continuación de la actividad se produce como efecto legal, de modo automático, sin que sea necesaria una decisión previa de los órganos del concurso<sup>529</sup>. Para que sea posible alcanzar esta continuación de la actividad del concursado, es indispensable que los contratos en los que él es parte no se entiendan resueltos por el solo hecho de la declaración de concurso, pues ello supondría un impedimento importante para el funcionamiento de su actividad.

No obstante la existencia del principio general de vigencia de los contratos, el TRLCon establece la posibilidad de la resolución de los contratos en caso de incumplimiento (arts. 160 a 164), opción que podrá utilizarse siempre que se traten de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes una vez declarado el concurso<sup>530</sup>; y la posibilidad de resolución por interés del concurso (art. 165), la cual también se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas. Aparte de ello, el artículo 159 TRLCon trata sobre los denominados «supuestos especiales». Dicho precepto establece excepciones a la regla general de vigencia de los contratos.

---

pagos, cuya finalidad esencial era procurar la continuidad de la empresa, se admitía en la práctica los llamados convenios de liquidación. Sobre el tema, *vid.* CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Barcelona, 2001, pp. 15 y ss., autores que se mostraban muy críticos con este marco normativo, y defendían la simplificación de estos procedimientos a través de uno solo que permitiera la dualidad de soluciones.

<sup>528</sup> Compartimos el parecer de ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 48 cuando señala que «*la conservación de la empresa es más acorde con la actual realidad social y es el mejor modo, en muchas ocasiones, de una mayor satisfacción de los acreedores*».

<sup>529</sup> COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcover Garau), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 617.

<sup>530</sup> Que la resolución por incumplimiento en el ámbito concursal sólo puede utilizarse en el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes tuvo que ser explicitado por el Consejo General del Poder Judicial en su *Informe sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, p. 78 (apartado 239) cuestión sobre la que profundizaremos en este capítulo (*vid. infra* apartado 5.1). Dicho informe, fechado el 26 de septiembre de 2019, puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20190926%20Informe%20proyecto%20RD%20Legislativo%20que%20aprueba%20texto%20refundido%20Ley%20Concursal%2009.19.pdf> – fecha de consulta: 4 de febrero de 2021 –.

Es destacable que la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos sinalagmáticos en la LCon (arts. 61 a 63) supuso una novedad en nuestro Derecho Concursal, pues, en primer lugar, llenó el vacío general que existía en esta materia antes de su entrada en vigor<sup>531</sup>; y en segundo lugar, porque específicamente el artículo 61.2 LCon – actual 158 TRLCon – se separó de las soluciones que adoptaron otros países europeos, donde existe un derecho de opción por parte del administrador concursal acerca del mantenimiento o resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes<sup>532</sup>. Es el caso, por ejemplo, del sistema italiano, en el que a estos contratos se les aplica el artículo 72 de la *Legge Fallimentare*<sup>533</sup> (*L.Fall.* en adelante)<sup>534</sup>. Este

---

<sup>531</sup> La propia exposición de motivos de la LCon (III) señalaba que la materia de los efectos del concurso sobre los contratos fue una de las más deficientemente tratadas por nuestro Derecho anterior. Tal y como indica MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 1117, dicha materia no se abordó con carácter general al regular la quiebra y la suspensión de pagos, existiendo únicamente normas aisladas que se referían a los efectos del concurso sobre algunos contratos en particular.

<sup>532</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, Madrid, 2007, p. 1759: «La nueva LC ha venido a colmar la laguna existente en este punto en el ordenamiento español, introduciendo en el capítulo III del título III (en concreto, en los arts. 61 y 62), una solución novedosa para los contratos sinalagmáticos en el concurso, que se aparta del tradicional mecanismo de opción asentado en los países europeos de nuestra área jurídica». Con carácter previo a nuestra LCon, FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pp. 34 y ss., analizó este derecho de opción en el Derecho alemán e italiano. También analizó el sistema del Derecho francés. Igualmente, antes de la LCon, y sobre el sistema germánico, *vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil* (coord. Miguel Muñoz Cervera y Ubaldo Nieto Carol), Vol. 1, Madrid, 1996, p. 316.

<sup>533</sup> *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267. Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa (Gazzetta Ufficiale núm. 81, del 6 aprile 1942).*

<sup>534</sup> En cuanto a este artículo 72 *L.Fall.*, explica CAIAFA, A. y VALERIO, A., «I rapporti pendenti nel concorso», AA.VV., *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi* (dir. Antonio Caiafa), Roma, 2018, p. 59, que la palabra «*pendenti*» que forma parte de su título (*rapporti pendenti*), se refiere a la inejecución, total o parcial, de las obligaciones asumidas por las partes (es decir, por ambas partes). Con respecto a ello, NARDO, G.N., «Art. 72. Rapporti pendenti», AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (dir. Massimo Ferro), Padova, 2007, p. 526, determina como presupuesto aplicativo de este artículo 72 la «*bilaterale inesequzione*» (bilateral inejecución). Los autores CAIAFA, A. y VALERIO, A., «I rapporti pendenti nel concorso», *cit.*, p. 59, distinguen esta situación del otro supuesto en el cual ha existido cumplimiento de una de las partes del contrato, indicando que en este caso, si la parte cumplidora es la declarada en concurso se genera una posición activa, pudiendo interponerse las ordinarias acciones al contratante *in bonis*. En el caso de que el concursado sea la parte no cumplidora, se genera una posición *debitoria*, disciplinada por el régimen del concurso. En efecto, en este supuesto, la disciplina es la misma que la de nuestro artículo 157 TRLCon.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

precepto establece que, en ese supuesto, la ejecución del contrato en el concurso se entenderá suspensa hasta que *il curatore* (el administrador concursal) declare subentrar en el contrato en el lugar del concursado o establezca la resolución del mismo. Por expresa previsión del precepto, la decisión de subentrar en el contrato debe ser autorizada por el *comitato dei creditori* (junta de acreedores). La parte *in bonis*, para no permanecer en la incertidumbre derivada de la regla, puede poner en mora al *curatore*, pudiendo solicitar al juez un término para que éste exprese su elección. Dicho término no puede ser superior a sesenta días, transcurridos los cuales el contrato se entiende disuelto<sup>535</sup>.

Finalizamos este apartado precisando que no estimamos procedente la rehabilitación del contrato de *factoring*. Se hace necesaria esta apreciación porque el

---

Explica GUERRIERI, G., «Articolo 72. Rapporti pendenti», AA.VV., *Commentario breve alla legge alla legge fallimentare* (dir. Alberto Maffei Alberti), 6ª edición, Padova, 2013, p. 456, que antes de la reforma establecida por el *Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Gazzetta ufficiale núm. 12, del 16 gennaio 2006)*, la *L.Fall.* no contenía ninguna disposición de aplicación general para las relaciones jurídicas pendientes. El anterior artículo 72 *L.Fall.* contenía la disciplina para el contrato de compraventa, si bien la doctrina y la jurisprudencia establecían que aquélla era la que debía de aplicarse a todas las relaciones no expresamente reguladas. Con la reforma del año 2006 se modificó el texto de este artículo 72 *L.Fall.*, que ahora se refiere a los contratos en general. Sobre dicho artículo, antes y después de la citada reforma, *vid.* PACCHI, S., «I contratti pendenti nella legge fallimentare. Inquadramento della disciplina», AA.VV., *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi* (dir. Antonio Caiafa), Roma, 2018, pp. 11 y ss.

<sup>535</sup> Si bien esta es la disciplina actualmente vigente, cabe decir que existe una nueva normativa que sustituirá a la *L.Fall.* el 1 de septiembre de 2021: el nuevo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decreto legislativo 19 gennaio 2019, n. 14. Gazzetta Ufficiale núm. 38, del 14 febbraio 2019)*, elaborado por encargo de la *Legge 19 ottobre 2017, n. 155 (Gazzetta Ufficiale núm. 254, del 30 ottobre 2017)*, que delegó al Gobierno la reforma de la *L.Fall.* En este nuevo texto, al concurso no se le denomina «fallimento», sino «liquidazione giudiziale» (art. 349). El artículo 72 *L.Fall.* es sustituido por el artículo 172 del *Codice*, el cual no cambia la disciplina que hemos expuesto en el texto. Con respecto a la entrada en vigor del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, destacamos que fue demorada por el artículo 5 del *Decreto-Legge 8 aprile 2020, n. 23, «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali» (Gazzetta Ufficiale núm. 143, del 6 giugno 2020)*, promulgado a consecuencia de la situación de emergencia creada por el COVID-19. Este artículo 5 mantuvo las excepciones del artículo 389.2 *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

A esta reforma de la Ley concursal italiana hace referencia PACCHI, S., «El acuerdo para salir de la crisis. Un instrumento para cualquier deudor. Descripción de los principios básicos del derecho concursal italiano: normativa vigente y reformas futuras», AA.VV., *Estudios sobre derecho de la insolvenza* (coord. David García Bartolomé, Stefania Pacchi, Gilberto Pérez del Blanco), León, 2016, p. 464. También trata de la misma RORDORF, R., «El proyecto de reforma del Derecho Concursal italiano», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 2016, pp. 291 y ss., así como NIGRO, A., «Osservazioni sul Codice della crisi», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Vol. 116, núm. 3, 2018, pp. 445 y ss.

artículo 166 TRLCon, relativo al derecho a rehabilitar los contratos de financiación, se encuentra integrado en el Capítulo IV «*De los efectos sobre los contratos*», analizándose en esta parte del trabajo esos efectos del concurso en relación con el contrato de *factoring*. Consideramos dicho contrato como no rehabilitable porque, aunque el artículo 166 TRLCon refiera la facultad de rehabilitar a «*los contratos de crédito, préstamo y demás de financiación*», superando la redacción del sustituido artículo 68 LCon (el cual se refería a «*los contratos de préstamo y demás de crédito*») <sup>536</sup>, el contrato de *factoring* ostenta una pluralidad causal, pues se obtiene a través de dicho contrato distintos servicios. Si bien en las modalidades de *factoring* con regreso y *factoring* sin regreso se presta el servicio de financiación por parte del factor, consideramos que estos contratos no integran el supuesto de hecho del precepto comentado. En relación con el *factoring* sin regreso, porque al servicio de financiación se le une el servicio de gestión y el servicio de garantía; excediendo de la categoría de «contrato de financiación», tal y como entiende un sector doctrinal <sup>537</sup>. Lo mismo cabe

---

<sup>536</sup> Sobre la añadidura «y demás de financiación» en el artículo 166 TRLCon, el *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal* señala que «el Proyecto, pese a la interpretación estricta a que están sujetas las disposiciones relativas a la rehabilitación, ha optado por extender el ámbito de actuación a todos los contratos de financiación». No obstante, y como veremos a continuación, el contrato de *factoring* no es sólo un contrato de financiación.

<sup>537</sup> MADRAZO LEAL, J., en «Rehabilitación de contratos», AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal* (dir. Emilio Beltrán Sánchez y José Antonio García Cruces), Vol. 2, Pamplona, 2012, p. 2555, y en «Artículo 68. Rehabilitación de créditos», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 1258: «el contrato de *factoring*, en su modalidad plena cumple, junto con las funciones de gestión o colaboración y garantía, la citada función crediticia, mediante el anticipo de fondos con motivo de la cesión de créditos. Estos contratos, no obstante compartir determinados caracteres tipológicos con los contratos de crédito, no integran el supuesto de hecho del precepto comentado». En el mismo sentido, ZURUTUZA ARIGITA, I., *La rehabilitación de los contratos en el concurso*, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 84: «En efecto, dado que en este contrato se produce una conmixión de distintas funciones económicas que pueden incluir, además de la crediticia, las funciones de gestión o colaboración y garantía, el *factoring* no puede agotarse en una consideración de su servicio financiero, sino que esta prestación que en su caso desarrolla la empresa de *factoring* se articula en un complejo de servicios con una cesión de los créditos de carácter instrumental». Tampoco considera el *factoring* como rehabilitable GÓMEZ MENDOZA, M., «La contratación bancaria en la llamada rehabilitación de préstamos y de créditos en el concurso», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, p. 1006, si bien centrandó su negativa en que en dicho contrato no puede darse la causa extintiva que define el ahora artículo 166 TRLCon: «aunque existiese tal anticipo, la figura no se integraría en el supuesto de hecho del artículo 68, pues no se puede hablar de impago de cuotas de amortización o de intereses. No hay en el *factoring* restitución, fraccionada o no, de un capital recibido». En parecido sentido se manifiesta SALELLES CLIMENT, J., «Art. 68», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs, Agustín Ferrer Barriandos), Vol. 1, Barcelona, 2004, pp. 820 a 822; así como FÍNEZ RATÓN, J.M., «Artículo 68. Rehabilitación de

decir con respecto al contrato de *factoring* con regreso: en esta tipología, al servicio de financiación se une el servicio de gestión de los créditos cedidos. Y si bien hemos establecido con respecto al *factoring* con regreso que tiene naturaleza de descuento, también precisamos que la gestión que se presta por el factor es más amplia que la que se presta por el descontante, pues incluye el servicio de contabilidad de los créditos<sup>538</sup>, por lo que no podría concluirse que aceptándose la rehabilitación del contrato de descuento bancario, se debe también aceptar la rehabilitación del contrato de *factoring* con regreso<sup>539</sup>: la función de gestión en este último caso adquiere un peso mayor que en el contrato de descuento, limitándose en este último al requerimiento de pago y al ejercicio de los actos conservativos del crédito. Es este mayor peso de la función de gestión en el *factoring* con regreso el que bajo nuestro entendimiento provoca que exceda de la categoría de contrato de financiación a la que alude el artículo 166 TRLCon.

## **2. EL DERECHO ESPAÑOL PRECEDENTE**

Tal y como hemos señalado antes, en nuestro Derecho anterior a la LCon no había ninguna norma que generalmente tratara de los efectos del concurso sobre los contratos sinalagmáticos, existiendo tan sólo supuestos aislados referidos a cuestiones singulares, como los que regulaban el derecho de separación de determinados bienes y la posibilidad de que los síndicos los retuvieran o lo reclamaran para la masa (art. 909,

---

créditos», AA.VV., *Tratado práctico concursal* (dir. Pedro Pendes Carril), Tomo II, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 731.

En el sentido contrario a lo expuesto, admitiendo la rehabilitación del contrato de *factoring*, vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 68. Rehabilitación de créditos», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 772 y 773; así como ORELLANA CANO, N., «Artículo 166. Rehabilitación de contratos de financiación», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 924.

<sup>538</sup> Vid. apartados 5.1 y 5.4 del capítulo quinto.

<sup>539</sup> Parece entenderlo así ASENCIO PASCUAL, C., *La rehabilitación de contratos de financiación*, Madrid, 2017, pp. 182 y 183.

apartados 8 y 9 CCom), y otros contenidos en el CCom, en el CC y en algunas leyes especiales<sup>540</sup>.

La ausencia en el Derecho entonces vigente de un criterio legal claro y mínimamente desarrollado a propósito de esta importante cuestión justifica la preocupación que se suscitó al respecto en la jurisprudencia y doctrina española de aquel tiempo<sup>541</sup>.

En cuanto a los contratos sinalagmáticos que se encontraban pendientes de cumplimiento por una de las partes declarada la quiebra, la doctrina<sup>542</sup> distinguía dos supuestos, dependiendo de cómo se encontrase la ejecución del contrato:

- Si la parte cumplidora era el concursado, la masa de la quiebra tenía acción frente al otro contratante para exigirle el cumplimiento de la obligación a su cargo<sup>543</sup>.
- Si la parte cumplidora era el acreedor *in bonis*, debía concurrir con los demás acreedores en el proceso concursal, esto es, ostentaba un crédito integrado en la masa, sometido a la ley del dividendo.

---

<sup>540</sup> Nos referimos al contrato de mandato – art. 1732-3º CC –; al contrato de comisión – art. 280 CCom –; al contrato de agencia – art. 26.1.b) Ley del Contrato de Agencia –; y al de seguro de daños – art. 37 LCS –. Destaca estos contratos y lo expuesto en el texto BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1760.

<sup>541</sup> Así es destacado por DÍEZ SOTO, C.M., «Resolución y concurso», AA.VV., *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. Isabel González Pacanowska y Carmen Leonor García Pérez), Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 339.

<sup>542</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 8ª edición, Madrid, 1983, p. 453; FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., p. 33; GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 313

<sup>543</sup> En este caso, consideraba GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 313, que la masa tenía, aparte de una acción frente a la parte *in bonis* para exigirle su cumplimiento, una acción de resolución en los términos del artículo 1124 CC. Explicaba el autor que «*lo normal es que la doctrina española se refiera solo a la primera de esas dos posibilidades, la exigencia de cumplimiento, seguramente para poner más énfasis en el hecho de la existencia de una acción frente al deudor del quebrado, que, en general y dejando aparte mayores precisiones (por ejemplo, el cambio que se produce en la legitimación activa), no resulta afectada por el hecho de la declaración de la quiebra*».



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Como podemos observar, este planteamiento es el que se recogió en nuestro antiguo artículo 61.1 LCon, el cual establecía: «*En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra estuviese tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso*». Este precepto fue sustituido por el artículo 157 TRLCon, que se expresa en el mismo sentido.

En el caso de contratos sinalagmáticos que estuviesen pendientes de cumplimiento por ambas partes una vez declarada la quiebra, existían varias formulaciones doctrinales que intentaban dar solución al supuesto, calificado por algún autor como «muy especial»<sup>544</sup>.

Una importante formulación proponía en estos casos la extensión por analogía de lo establecido en los apartados 8º y 9º del artículo 909 CCom a todos los contratos en los que la prestación del quebrado tuviera carácter pecuniario<sup>545</sup>. El artículo citado se encontraba en el Libro IV del CCom, concretamente en la Sección 5ª del ya derogado Título Primero (el cual trataba de la suspensión de pagos y de la quiebra en general). Esta sección 5ª se titulaba «*De los derechos de los acreedores en caso de quiebra y su respectiva graduación*».

Los apartados 8º y 9º del artículo 909 CCom trataban de la compraventa de mercaderías no pagadas en su totalidad. Específicamente, el artículo 909.8º CCom se

---

<sup>544</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 315. El autor determinaba que la existencia de relaciones jurídicas aún sin ejecutar en todo o en parte por ambos contratantes producía una situación muy especial, pues «*si a una de las partes de la relación, que naturalmente está in bonis, porque al no cumplir el quebrado, no tiene todavía obligación de cumplir, se le impone pese a todo el cumplimiento de su prestación sin garantizar el de la otra porque ha quebrado, esa imposición sería a todas luces injusta. En efecto, se trataría de cambiar una prestación íntegra, por otra que se daría en moneda de quiebra. Por eso, se ha tendido siempre a buscar una fórmula más adecuada para la resolución de este conflicto de intereses*». En el mismo sentido se pronunciaba SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 17ª edición, Tomo II, Madrid, 1994, p. 461.

<sup>545</sup> Esta articulación fue propuesta por GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 453 y ss.

refería a los géneros comprados al contado por el comprador, luego quebrado<sup>546</sup>. Dicho precepto permitía al vendedor reivindicar los géneros no pagados, en todo o en parte, mientras subsistieran en poder del comprador-quebrado y fueran identificables. El artículo 909.9º CCom<sup>547</sup> trataba sobre los géneros comprados a plazo, estableciendo que, cuando las mercancías aún no hubieran sido entregadas al comprador-quebrado podían ser retenidas por el vendedor, aunque los títulos representativos de las mismas ya hubieran sido remitidos a aquél<sup>548</sup>. Es decir, estos preceptos concedían al vendedor el derecho a reclamar que le fuera devuelta la cosa vendida o a retenerla si la misma no había sido aún entregada al comprador declarado en quiebra<sup>549</sup>. En otras palabras,

---

<sup>546</sup> El artículo 909 CCom se conectaba con el artículo 908 CCom. Éste último establecía: «Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme, reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumpliere las obligaciones anejas a los mismos».

El artículo 909.8º CCom determinaba: «Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 8º. Los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos».

<sup>547</sup> Artículo 909.9º CCom: «Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior – art. 908, transcrito en nota precedente – para los efectos señalados en él: 9º. Las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyos conocimientos o cartas de porte se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador. En los casos de este número y del 8º., los síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamarlos para la masa, pagando su precio al vendedor».

<sup>548</sup> SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 424; SALA REIXACHS, A., «Artículo 909», AA.VV., *Comentarios al Código de Comercio* (dir. Alberto Sala Reixachs), Tomo 3, Barcelona, 2002, pp. 2303 y ss.

<sup>549</sup> Establecía GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 453, que esta restitución de las cosas a la situación que tenían antes del contrato podía ser consecuencia de la rescisión del mismo, por aplicación del artículo 1124 CC, supuesto que el quebrado no cumpliera su prestación; pero debido a que nuestro CCom es anterior al CC, no hablaba de rescisión de contrato, prefiriendo remediar por el cauce de las acciones reales «la injusticia que supondría obligar al vendedor a dejar la mercancía en poder del comprador para recibir solo una parte del precio». Entendía el autor que, debido a que el vendedor no había transferido la propiedad de la mercancía por título legal e irrevocable, podía reclamarlas (art. 908 CCom), anulándose los efectos del contrato. Sin embargo, GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 321, consideraba que caracterizar como jurídico-reales las acciones que se derivaban de los apartados 8 y 9 del artículo 909 CCom, podía resultar discutible. También señalaba que podía resultar discutible la defensa sin matices de que no había habido transmisión de la propiedad por parte del vendedor al comprador-quebrado: «que históricamente tal aserto pudiera tener justificación en el impago del precio es una cosa y otra es que hoy día el carácter consensual de la compraventa y la exigencia de

existía en estos casos de compraventa el derecho del vendedor a la separación de bienes (mercancías) de la masa de la quiebra<sup>550</sup>.

No obstante lo anterior, el último inciso del artículo 909.9º CCom permitía en estos supuestos que los síndicos pudieran detener los géneros comprados, o reclamarlos para la masa, pagando su precio íntegro al vendedor. Ello suponía la entrada del síndico en el contrato, en el lugar del quebrado. Por tanto, la aplicación analógica de estos preceptos a los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución por ambas partes una vez declarada la quiebra establecía una solución muy similar a la del derecho de opción que existía en otros países europeos<sup>551</sup>.

En contra de esta postura doctrinal se mostraban algunos autores, que consideraban que el artículo 909 CCom contenía una enumeración de supuestos que no cabía extender analógicamente. En efecto, la enumeración del artículo era taxativa y no ejemplificativa, teniendo por tanto los derechos que reconocía un carácter excepcional. Por ello resultaba difícil casar la posibilidad de su aplicación con las exigencias que para la extensión analógica se contienen en los apartados 1 y 2 del artículo 4 CC<sup>552</sup>. El artículo

---

*título y modo por el artículo 609.2º CC para la transmisión de la propiedad no tengan significado alguno».*

<sup>550</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 320.  
El artículo 908 CCom exigía para la exclusión de estos bienes de la masa de la quiebra el previo reconocimiento de ese derecho en junta de acreedores o en sentencia firme (*vid.* SALA REIXACHS, A., «Artículo 908», AA.VV., *Comentarios al Código de Comercio* (dir. Alberto Sala Reixachs), Tomo 3, Barcelona, 2002, p. 2299.

<sup>551</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 321, establecía que la aplicación analógica de los apartados 8 y 9 del artículo 909 CCom a las relaciones sinalagmáticas preexistentes y pendientes de ejecución por ambas partes en la quiebra llevaba a nuestro Derecho a una solución muy semejante a la del Derecho alemán (donde existe un derecho de opción por parte del administrador concursal acerca del mantenimiento o resolución del contrato en estos casos). Asimismo, BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1760, indicando que la constatación de la laguna de regulación «impulsó a la doctrina a procurar construir un régimen semejante a los de opción imperantes en otros ordenamientos», refiriéndose, entre otras, a esta formulación doctrinal.

<sup>552</sup> Así lo señalaba GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 322. En el mismo sentido, FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la*

909 CCom, en especial sus apartados 8º y 9º, eran supuestos en los que se permitía la separación de determinados bienes de la masa activa de la quiebra y funcionaban como excepciones frente al principio general de universalidad, que integra en la masa activa todos los bienes y derechos que formen parte del patrimonio del deudor a la fecha de apertura del procedimiento concursal, por lo que no podían ser llevados mas allá de los casos para los que fueron previstos<sup>553</sup>.

Aparte de ello, algún autor<sup>554</sup> determinó que el hecho de que dicha formulación doctrinal se limitase a los contratos en los que resultara la obligación de efectuar prestaciones dinerarias por parte del quebrado<sup>555</sup>, hacía que quedara sin resolver los problemas que suscitaban una buena parte de los contratos sinalagmáticos pendientes de cumplimiento por ambas partes una vez declarada la quiebra.

Otro importante planteamiento doctrinal se construía sobre las soluciones generales previstas para las obligaciones recíprocas, fundamentalmente la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido) o la *exceptio non rite adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido regular u oportunamente), como instrumentos de defensa de la parte *in bonis* frente a la petición de cumplimiento por parte de la sindicatura de la quiebra si ésta no cumplía simultáneamente (arts. 1100 y

---

*declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., p. 46: «el artículo 909, en especial sus números 8º y 9º (...) son supuestos específicos y determinados, de ahí a que resulte dudosamente correcta la extensión de las reglas técnicas que amparan la solución a otros distintos». A favor de estos autores se muestran BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1761; SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 424 (específicamente nota núm. 1).

<sup>553</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 322; SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 424 (específicamente nota núm. 1).

<sup>554</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 321 (específicamente nota núm. 39).

<sup>555</sup> Así lo indicaba el propio GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 454: «las disposiciones del artículo 909 sobre el contrato de compraventa pueden aplicarse, por extensión analógica, a todos los demás contratos bilaterales en los que la prestación del quebrado haya de realizarse en dinero».

1124 CC)<sup>556</sup>. Es decir, el contratante *in bonis* podía suspender la ejecución de la prestación que le correspondía, en espera de que los síndicos le entregasen la contraprestación pactada; cuando ello no sucedía podía pedir la resolución del contrato sobre la base del art. 1124 CC<sup>557</sup>.

Sin embargo, este último planteamiento estaba sustentado en preceptos de alcance general, no específicamente dictados para el supuesto de quiebra. Además de ello, la apertura de la pausa en la relación no era una consecuencia inmediata de la declaración de insolvencia (como por ejemplo sucede en el derecho italiano – art. 72 *L. fall.* –), sino producto de la conducta de los interesados, aparte de que no existía un mecanismo legalmente arbitrado para poner fin a la incertidumbre creada por ese intervalo<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pp. 62 y 78 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 462; así como GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 322, el cual señalaba: «*la acogida por el legislador de la exceptio inadimpleti contractus, o en su caso, la exceptio non rite inadimpleti contractus justifica adecuadamente la negativa al cumplimiento por parte del que contrató con el quebrado si no cumplen a su vez los administradores de la quiebra*».

<sup>557</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 462. Asimismo, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 323: «*si quien exige el cumplimiento son los síndicos, deberán cumplir con la prestación que hubiera comprometido el quebrado. De ahí también que la resolutoria del artículo 1124 sea posible tras el requerimiento de cumplimiento simultáneo por una de las partes*».

En realidad, también era éste un régimen similar a los de opción presentes en otros ordenamientos europeos, pues la sindicatura podía cumplir o rehusar el cumplimiento, existiendo en esta última hipótesis la posibilidad de resolver el contrato por parte del contratante *in bonis*. Así se identifica por BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., pp. 1760 y 1761.

<sup>558</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1762.

### 3. EL RÉGIMEN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLCon: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS

#### 3.1. Concreción de los contratos sinalagmáticos o con obligaciones recíprocas

Los artículos 157 y 158 TRLCon se refieren expresamente a los contratos sinalagmáticos, esto es, a los contratos con obligaciones recíprocas. Por tanto, antes de analizar el contenido de los preceptos, es necesario establecer los elementos caracterizadores de dichas obligaciones.

El problema está en que el CC – que dedica el Título primero del Libro cuarto a las obligaciones – no define que se entiende por «obligación recíproca»<sup>559</sup>. Sin embargo, está presente en el texto dicho concepto. Así, en el artículo 1100 CC, que establece un régimen específico de mora en las obligaciones recíprocas – determina que en ellas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple debidamente lo que le incumbe y que desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro –. Vuelve a hablar de obligaciones recíprocas el artículo 1120 CC, distinguiéndolas de las obligaciones unilaterales en materia de retroactividad de la obligación de dar. También se refiere a las obligaciones recíprocas el artículo 1124 CC, el cual establece: «*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*»<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> En el Capítulo tercero, del Título primero, del Libro cuarto CC, titulado «*De las diversas especies de obligaciones*», se distinguen las obligaciones puras de las condicionales, las obligaciones mancomunadas de las solidarias, las obligaciones divisibles de las indivisibles; asimismo se definen las obligaciones a plazo, las obligaciones alternativas y las obligaciones con cláusula penal, sin estar incluidas en esta sección las obligaciones recíprocas.

<sup>560</sup> De este modo lo esquematiza DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 427. En relación con lo expuesto, la STS de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568) establece que «*a la reciprocidad de las obligaciones contractuales se anudan en nuestro ordenamiento importantes consecuencias, como son la atribución al contratante perjudicado de la facultad de resolver el vínculo en caso de incumplimiento imputable al otro – artículo 1124 Código Civil – o la de oponer una excepción a la reclamación de pago efectuada por el primer incumplidor – artículos 1100, último párrafo, y 1124 del Código Civil – y la regulación de un especial régimen de producción de la mora – artículo 1100 Código Civil –*».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Como vemos, el CC no explica en qué consiste esta reciprocidad. Por tanto, al menos desde este texto normativo, solo podemos conocerla a través de sus efectos: la facultad de resolver el vínculo en los casos de incumplimiento y la especial forma de producción de la mora<sup>561</sup>.

Al objeto de disipar dudas, el Tribunal Supremo ha concretado qué debe entenderse por obligación recíproca. Establece el Alto Tribunal que, para que pueda hablarse de relaciones recíprocas, hace falta no solo que en el mismo contrato se establezcan obligaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra<sup>562</sup>. Esto es, no basta con que nazcan obligaciones para ambas partes, sino que tiene que existir una mutua condicionalidad entre ellas, en el sentido de que no se conciban las unas sin las otras.

Como establece la doctrina, en la relación obligatoria sinalagmática cada una de las obligaciones recíprocas es contrapartida, es el contravalor o contraprestación, es la causa, de la otra<sup>563</sup>. Ello no quiere decir que tenga que existir una equivalencia de valores, ni objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, sino que basta la reciprocidad en sí<sup>564</sup>.

---

<sup>561</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 427. También se refiere a ello MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1121.

<sup>562</sup> STS de 8 de julio de 1954, (RJ 1954\2027); STS de 18 de noviembre de 1994, recurso núm. 1954/1991, (RJ 1994\8843). En cuanto a la existencia de obligaciones a cargo de ambas partes, *vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II: Derecho de obligaciones, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 70, el cual indica que en la obligación recíproca no hay una obligación, sino dos, siendo cada una, una respectiva relación jurídica entre acreedor y deudor, aunque tienen la misma fuente de la obligación.

<sup>563</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 70, indicando que en las obligaciones recíprocas es esencial a su misma naturaleza la dependencia o nexo entre una y otra. Asimismo, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo tercero, cit., p. 145; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 432: «*la nota característica de las obligaciones sinalagmáticas se encuentra en la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno, en relación con el otro, funciona como contravalor o contraprestación*».

<sup>564</sup> MARTÍNEZ FÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1122: «*conviene resaltar que lo importante a estos efectos es la reciprocidad, sinalagmaticidad o interdependencia de las obligaciones; no la reciprocidad, sinalagmaticidad o interdependencia que pudiera existir, en su caso, entre las atribuciones patrimoniales que realicen las partes*».

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

Por tanto, la esencia de la reciprocidad no consiste en el mero concurso de la doble cualidad de acreedor y deudor en cada una de las obligaciones; este concurso no debe ser de mera suposición de cualidades en la misma persona, sino de recíproco acoplamiento y con nexo de interdependencia. Faltando este nexo, habrá dos obligaciones separadas y distintas entre las mismas personas, pero no una obligación recíproca<sup>565</sup>.

Ha especificado el Tribunal Supremo que las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: el genético y el funcional<sup>566</sup>. El primero de ellos, el sinalagma genético, significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación<sup>567</sup>. El Alto Tribunal se refiere a este sinalagma como *«referido al momento en que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación»*<sup>568</sup>. El sinalagma funcional es significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento, lo que provoca el efecto de la necesidad de *«cumplimiento simultáneo»*. Tal y como aclara la doctrina, ello no significa que las correspondientes obligaciones recíprocas deban cumplirse simultáneamente. Significa que no puede el acreedor de una obligación recíproca exigir al deudor que cumpla, sin que él haya cumplido u ofrezca cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor<sup>569</sup>.

---

<sup>565</sup> Son palabras de O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 71.

<sup>566</sup> SSTs de 18 de noviembre de 1994, recurso núm. 1015/1991, (RJ 1994\9322); de 5 de julio de 2007, recurso núm. 3126/2000, (RJ 2007\5125); de 9 de enero de 2012, recurso núm. 3126/2000, (RJ 2007\5125).

<sup>567</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 432.

<sup>568</sup> STS de 9 de enero de 2012, recurso núm. 3126/2000, (RJ 2007\5125).

<sup>569</sup> Realiza esta apreciación O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 71, señalando: *«así, en la compraventa: el comprador no puede exigir la entrega de la cosa (de cuya obligación es acreedor) sin que haya cumplido u ofrezca cumplir el pago del precio (de cuya obligación es deudor)»*. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 433, el cual indica que la regla de la ejecución simultánea de las prestaciones es la idea que preside los artículos 1466 y 1500 CC en relación con el contrato de compraventa y que es aplicable a todas las relaciones sinalagmáticas.



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Resulta importante destacar que la interdependencia debe producirse entre las obligaciones cuyo objeto es la prestación principal, pero no entre todos los deberes que nazcan del contrato. Como establece el Tribunal Supremo<sup>570</sup>, la reciprocidad requiere que ambas obligaciones tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate, pues «*difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria*»<sup>571</sup>.

---

Asimismo, la STS de 11 de marzo de 2011, recurso núm. 1539/2007, (RJ 2011\3320), determina que en el sinalagma funcional «*la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones, de modo que, por virtud de recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiere pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior*».

<sup>570</sup> SSTs de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568); de 12 de septiembre de 2015, recurso núm. 2216/2013, (RJ 2015\4184) y de 29 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3159), entre otras.

<sup>571</sup> Mientras que las obligaciones principales existen por sí y tienen fin propio; las obligaciones accesorias son aquellas que carecen de entidad autónoma, pues dependen de otra obligación principal de la parte, a la cual están subordinadas (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo tercero, cit., p. 200).

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de enero de 2009, recurso núm. 341/2007, (RJ 2009\399) establece que es accesoria la obligación del pago de recargos por falta de abono en plazo reglamentario de las deudas de la Seguridad Social – siendo la obligación principal el pago de esta deuda –. La SAP Zaragoza de 15 de diciembre de 2008, recurso núm. 567/2008, (JUR 2009\212374), reconociendo la diferente estructura jurídica de los recargos, las sanciones y los intereses, los conceptúa unitariamente como «obligaciones accesorias».

En cuanto a las obligaciones con cláusula penal, son aquellas cuyo incumplimiento se sanciona con una pena convencional. Por tanto, dicha cláusula penal, es un pacto accesorio cuya finalidad es asegurar la ejecución de la obligación principal – *vid.* SSTs de 10 de noviembre de 1983, (RJ 1983\6071); de 23 de mayo de 1997, recurso núm. 1847/1993, (RJ 1997\4322); de 18 de julio de 2005, (RJ 2005\5480) –. La SAP Barcelona de 6 de noviembre de 2006, recurso núm. 449/2006, (AC 2007\1054), establece que la cláusula penal, interpuesta al arrendatario de la explotación en exclusiva de los servicios de hostelería en las instalaciones de un club de fútbol, para el caso de que no cumpliera con la obligación de desocupar las instalaciones cedidas en el plazo establecido en el contrato, a contar desde su resolución o término, es una obligación accesoria, que sanciona el incumplimiento por el arrendatario de la obligación principal – restituir la posesión del objeto del contrato llegado su fin –. Dicha cláusula penal consistía en pagar trimestralmente al club de fútbol un importe igual al doble del canon o precio que sería de aplicación si se mantuviese vigente el contrato.

La SJMerc núm. 1 de Bilbao, de 19 de diciembre de 2007, (AC 2007\2068), determina, respecto de la compraventa de una máquina, que las obligaciones del vendedor de mantenimiento y suministro de piezas de repuesto son accesorias con respecto a la principal de entrega de la cosa – en este caso, entrega de la máquina –. Establece la sentencia: «*el objeto del contrato, en el sentido del artículo 1261-2º CC es una cosa mueble corporal, en este caso dos máquinas que fabrican respectivamente discos tipo CD y DVD. Así se desprende igualmente del artículo 1445 CC, cuando establece que el objeto de la compraventa es una “cosa determinada” y el artículo 325 CCom, cuando menciona “cosas muebles”. La prestación de servicios de piezas y mantenimiento es accesoria al objeto principal del contrato y en absoluto sirve para identificarlo. Es un pacto que pueden convenir las partes, pero que no convierten en recíprocas las prestaciones del contrato que suscriben*».

En resumen, y en consonancia con lo expuesto, cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, con causa en el mismo negocio, nazcan prestaciones a cargo de las dos partes, siempre que exista entre las prestaciones principales una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal (esto es, que la prestación a cargo de una opere como contraprestación de la que ha de cumplir la otra y a la inversa)<sup>572</sup>. El ejemplo más tradicional y típico es el de las obligaciones nacidas de la compraventa: en la obligación de pago del precio, el deudor es el comprador y el acreedor el vendedor; como contrapartida y causa de la anterior, se da la obligación de entrega de la cosa, en la que el deudor es el vendedor y el acreedor el comprador<sup>573</sup>.

### **3.2. Contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por solo una parte (art. 157 TRLCon)**

#### **3.2.1. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica**

Como decíamos al principio del capítulo, los artículos 157 y 158 TRLCon distinguen entre contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una parte y contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, estableciendo consecuencias distintas en cada caso. En el primer supuesto – artículo 157 TRLCon – se dispone lo siguiente:

*«En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso».*

---

<sup>572</sup> La STS de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568) determina que «en definitiva, cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando (1º) con causa en el mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo casual, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra».

<sup>573</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 70. También DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 432, toma como ejemplo la compraventa al explicar las obligaciones sinalagmáticas.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

En primer lugar, nótese que el artículo requiere que «una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones»<sup>574</sup>. Surge entonces la duda de cuándo puede hablarse de un cumplimiento íntegro. La jurisprudencia ha destacado que existe cumplimiento total de la prestación o de las prestaciones comprometidas cuando la ejecución es exactamente conforme a los términos del contrato y el interés del acreedor se ha visto satisfecho<sup>575</sup>. En todo caso el cumplimiento debe ser válido, eficazmente realizado, regular y exacto. En consecuencia, no habrá cumplimiento íntegro si ese cumplimiento ha sido parcial o defectuoso, pues entonces el interés del acreedor no habrá sido satisfecho<sup>576</sup>.

Tampoco existirá cumplimiento si fue nulo o anulable. Pensemos por ejemplo en que una de las partes era capaz al momento de la celebración del contrato, pero en el momento en el que cumple su prestación se encuentra incapacitada<sup>577</sup>.

---

<sup>574</sup> Como indica SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 427, «el cumplimiento por uno de los contratantes es la premisa sobre la que descansa la solución normativa».

<sup>575</sup> SJMerc núm. 1 de Alicante, de 19 de junio de 2006, (JUR 2006\299839): «En líneas generales se puede afirmar que en caso de contratos obligaciones recíprocas existirá cumplimiento total por una de las partes cuando la parte haya ejecutado la prestación o prestaciones a las que se comprometió exactamente en los términos previstos en el contrato y el interés del acreedor haya quedado satisfecho, con independencia de que dicha ejecución o cumplimiento haya sido voluntario o forzoso». Asimismo, SJPII núm. 2 de Cuenca, de 13 de julio de 2014, (JUR 2015\285833); SJMerc núm. 1 de Alicante, de 25 de febrero de 2009, (AC 2010\85).

<sup>576</sup> En cuanto a cumplimiento defectuoso, piénsese, por ejemplo, en un contrato de compraventa de cien muebles de madera de roble para una oficina, especificándose dicho material en el contrato. En el momento de entrega de la mercancía al comprador, éste se percata de que la madera de los muebles, en lugar de roble, es de pino. En este caso no existe cumplimiento por parte del vendedor, debido a que no ha cumplido la prestación en los términos pactados. Existe, por tanto, un cumplimiento defectuoso, el cual equivale a incumplimiento.

<sup>577</sup> Este ejemplo lo destaca MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1126: «El cumplimiento que establece la Ley ha de reunir una serie de requisitos. En primer lugar, es necesario que haya sido válida y eficazmente realizado. No existirá cumplimiento si fue nulo o anulable. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que el pago fue realizado por el contratante in bonis incapacitado antes de la apertura del concurso (pero capaz en el momento de la celebración del contrato del que surgió la obligación de pago). Ejercitada la acción de anulación, será como si el pago no se hubiera sido nunca realizado, de modo que si el contrato no había sido ejecutado por la otra parte, se estará ante un negocio con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes».

Ciertamente, el cumplimiento íntegro por una de las partes al momento de declaración del concurso que menciona el precepto hay que referirlo a las obligaciones recíprocas. Así las cosas, el supuesto que encaja en este artículo es aquél en el que una de las partes ha cumplido íntegramente todas las obligaciones recíprocas a su cargo y la otra tenga las suyas pendientes de cumplimiento<sup>578</sup>.

Si con anterioridad a la declaración del concurso fuese el concursado quien hubiese cumplido con sus obligaciones recíprocas, el precepto determina que existirá en su patrimonio un crédito frente a la contraparte – parte *in bonis* – que integrará la masa activa del concurso. Tiene relación con ello el artículo 192.1 TRLCCon: «*La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso...*».

Por tanto, en la situación descrita, la parte *in bonis* deberá cumplir conforme a lo establecido en el contrato, como si no existiese concurso. El concursado o la administración concursal, dependiendo de si está en régimen de intervención o suspensión, tendrá acción contra aquella para exigir su cumplimiento, o en su caso, para la resolución del contrato en los términos del artículo 1124 CC<sup>579</sup>.

Si quien hubiese cumplido antes de la declaración de concurso fuese la parte *in bonis*, su crédito se integrará en la masa pasiva. Es decir, deberá concurrir con los

---

<sup>578</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1129.

<sup>579</sup> Antes de la LCon y en este sentido se pronunciaba GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 313. Conforme a lo expuesto, señala ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 81, que «*en el momento de declaración del concurso la obligación de la parte in bonis puede estar vencida o pendiente de vencimiento; en este último caso, el concursado o la administración concursal deberán esperar a que la obligación venza para poder exigirla. Si la obligación está ya vencida y la parte in bonis ha incumplido, el concurso podrá optar entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato*». En la misma línea, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, p. 59; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 707; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, p. 81.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

demás acreedores del concurso. Su crédito se verá sometido a los efectos que produce el concurso sobre los créditos (arts. 152 a 155 TRLCon) y a la ley del dividendo.

Aquí entendemos, al igual que la mayoría de la doctrina, que la parte *in bonis* que ha cumplido íntegramente sus obligaciones no puede instar la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124 CC)<sup>580</sup>. A pesar de que la declaración de concurso de lugar a una situación que puede ser calificada como de incumplimiento por el contratante concursado (por ejemplo si la parte *in bonis* no cobra nada o cobra solo una parte de su crédito)<sup>581</sup>, no es posible a nuestro juicio la resolución del contrato en estas circunstancias, debido a que prima el principio de la *par conditio creditorum* sobre el régimen de reciprocidad<sup>582</sup>. Permitir en este supuesto a la parte *in bonis* el ejercicio de la

---

<sup>580</sup> En este sentido, antes de la entrada en vigor LCon, se pronunciaba GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 313, indicando que no le parecía acertada la idea de que en este supuesto hubiese que aportar una protección especial, puesto que éste era el supuesto normal de la posición de los acreedores en la quiebra: «*si se aplicase en estos casos una protección especial, la mayor parte de los acreedores podrían librarse del procedimiento colectivo, lo cual no es lo pretendido por el legislador*». El autor concluía: «*el que, en vez de pagar la totalidad de la deuda, se pague en moneda de quiebra, no posibilita la resolución de esos contratos con la devolución por la masa de la prestación recibida por el quebrado*».

Una vez promulgada la LCon, y a favor de lo expuesto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1140 y p. 1164 y en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 65; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 81; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 707; ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 59; GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, cit., p. 2801.

<sup>581</sup> Este ejemplo es destacado por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 60 y en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1140. Puntualiza VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 707, lo siguiente: «*no cabe entender que la falta de cumplimiento de la parte concursada al momento del vencimiento es "incumplimiento", pues al estar en concurso tal cumplimiento se somete a las normas procedimentales del mismo*».

<sup>582</sup> Que en este caso la resolución significaría ir en contra de la *par conditio creditorum* y privilegiar a unos acreedores respecto de otros lo señala MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 61, y en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pp. 1141 y 1164; GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2801; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 81, entre otros.

Sobre la primacía del principio de *par conditio creditorum* sobre el régimen de reciprocidad en este supuesto, *vid.* ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p.

resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124 CC) iría en contra del principio concursal de igualdad de trato de los acreedores, pues el éxito de dicha acción tiene como consecuencia recuperar la prestación que ya con anterioridad a la declaración del concurso entró a formar parte del patrimonio del concursado<sup>583</sup>. Es decir, permitiría a la parte *in bonis* escaparse de las consecuencias del concurso, frente al resto de acreedores del concursado. Como ha señalado la doctrina, ese resultado es incompatible con el concurso, que se dirige a la satisfacción de todos los acreedores conforme al orden establecido legalmente, pudiendo sólo quedar al margen del mismo los acreedores que puedan ampararse en alguna de las excepciones previstas en las leyes, entre las cuales no se encuentra precisamente la parte *in bonis* que ha cumplido antes del concurso por el hecho de haber ejecutado su prestación previamente: dicho sujeto únicamente quedará al margen del concurso si es titular de un crédito al que legalmente se atribuye dicha facultad<sup>584</sup>.

---

59: «*si solo resta por cumplir la obligación del concursado, la ley entiende que la posición de la otra parte debe ser la misma que la del resto de acreedores: comunicar su crédito como concursal. Quiebra en este punto el régimen de la reciprocidad a favor de la par conditio creditorum*». Con precedencia a la LCon, VIGUERA RUBIO, J.M., «Los efectos de la declaración de quiebra», AA.VV., *Derecho Mercantil* (coord. Guillermo Jiménez Sánchez), Vol. 2, 7ª edición, Barcelona, 2002, p. 747, así como GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 453, ya se referían a la «*ruptura de la equivalencia de las prestaciones*» en el supuesto de cumplimiento íntegro por la parte *in bonis* antes de la declaración de la quiebra, calificándose por este último autor como «*inicuo*» la inclusión de su crédito en la masa pasiva.

<sup>583</sup> Tal y como establece DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., pp. 871 y ss., el primer efecto que produce la resolución es desvincular a las partes de la relación en la que se encontraban inmersas (eficacia liberatoria) y la segunda de las consecuencias que la resolución produce, cuando algunas de las prestaciones hubieran sido ejecutadas, es constituir a cada una de las partes en el deber de reintegrar o de restituir a la otra tales prestaciones (eficacia restitutoria). Apunta MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pp. 73 y 80, y en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1154, que, mientras que la resolución de un contrato de tracto único produce efectos *ex tunc* (esto es, que la resolución no solo opera para el futuro, sino también para el pasado, extinguiendo las prestaciones pendientes y debiéndose producir la restitución de las prestaciones realizadas); la resolución de un contrato de tracto sucesivo extingue el vínculo con puros efectos *ex nunc*, no afectando a las prestaciones realizadas por ambas partes, sino sólo a las prestaciones cumplidas por una de las partes sin que hayan sido correspondidas por la otra y a las futuras. Con respecto a la resolución de contratos de tracto sucesivo, *vid.* STS de 19 de julio de 2016, recurso núm. 590/2014, (RJ 2016\3422), la cual establece que la resolución en este tipo de contratos no afecta a las obligaciones ya cumplidas por ambas partes, porque han sido ya recíprocamente correspondidas por la correlativa y han satisfecho el interés de aquéllas.

<sup>584</sup> Son palabras de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 61, y en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1141, la cual añade a lo expuesto: «*No tendría sentido que dicho contratante no concursado – parte in bonis – no pueda iniciar acciones ejecutivas contra el patrimonio*

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Extraer de la masa activa el bien identificable que constituía la prestación – ya realizada – de la parte *in bonis* es el resultado de la resolución por incumplimiento, si se entiende que la misma produce efectos retroactivos reales. Ahora bien, se ha manifestado por algún autor que no hay obstáculo para que el contratante *in bonis* pueda ejercitar la facultad resolutoria si se entiende que la resolución produce efectos meramente obligatorios<sup>585</sup>. En este caso, la parte *in bonis* solo sería titular de un derecho de crédito a la restitución, que como tal, debería ser satisfecho conforme a la ley del dividendo. Es decir, el derecho a la restitución de la cosa se transforma en el derecho a

---

*del deudor para satisfacer su derecho de crédito al margen del concurso (vid. art. 55 LCon – ahora art. 142 TRLCon –) y que, en cambio, pudiera obtener la resolución precisamente para extraer el bien del patrimonio del concursado, y escapar así a las consecuencias del concurso».*

Con precedencia a la LCon, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 313, indicaba que si se admitiese la resolución por incumplimiento en este supuesto «podríamos tener un problema especial a la hora de exigir la devolución de las prestaciones recibidas por el quebrado de todos esos acreedores. Como la quiebra implica una situación de insolvencia, podríamos encontrarnos con que no fueran posibles tales devoluciones sencillamente porque no hay bienes suficientes para ello y habría que arbitrar el funcionamiento de otro principio de igualdad de trato, ahora al margen de la liquidación concursal, para resolver el problema del reparto del déficit patrimonial que también se crea en este caso». En el mismo sentido, con posterioridad a la LCon, vid. SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 433; GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2802.

<sup>585</sup> Así RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 294. También GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 698: «No encuentro razón para afirmar que el art. 61.1 LCon – art. 157 TRLCon – supprime la facultad resolutoria del contratante cumplidor, toda vez que si este contratante opta por la resolución, ya la funde en el incumplimiento anterior o posterior al concurso, los efectos de la resolución, restitutorios e indemnizatorios, serán asimilados a la calificación “concursal” del crédito. El precepto no destruye, ni podría ser ésta su función, el carácter bilateral o recíproco del contrato, sino que tan solo precisa la calificación de los créditos que de él deriven cuando una de las partes ha cumplido íntegramente». Sin embargo, el autor en «Concurso y contratos», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, p. 782, cambia su criterio, afirmando que en el caso previsto en el artículo 61.1 LCon – art. 157 TRLCon – el contratante *in bonis* íntegramente cumplidor o el concursado carecen de la facultad de resolver el contrato. En el supuesto de que el contrato este íntegramente cumplido por el concursado, parece que el autor entiende que únicamente podrá pedir el cumplimiento de la contraparte (judicial o extrajudicialmente).

Antes de la LCon, en el sentido expuesto en el texto, vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, p. 392: «No precisan privar de efectos a la resolución frente al concurso quienes le reconocen una eficacia retroactivo-obligacional, sin incidencia sobre la transmisión de la propiedad. Como ya hemos apuntado, en estos casos la resolución tan sólo haría a la parte *in bonis* merecedora de un crédito de restitución. Al igual que cualquier otra pretensión patrimonial dirigida contra el deudor, ésta habría de ser reducida a un crédito dinerario y habría de realizarse en el seno del concurso. Entonces, no existiría ninguna dificultad para reconocer plenos efectos a la resolución en el mismo».

cobrar una cantidad de dinero sometida al concurso. Sin embargo, parte de la doctrina ha destacado que ello no atribuiría a la parte *in bonis* una especial mejor posición que la que supone el cobro del crédito que nació del contrato pendiente por el concursado, puesto que, como se ha indicado, las consecuencias de la resolución tendrían que hacerse valer en el concurso<sup>586</sup>. Además se ha indicado que admitir esta posibilidad conllevaría importantes inconvenientes: en primer lugar, desde un punto de vista práctico, complicaría excesivamente las cosas, puesto que declarado el concurso, la parte *in bonis* tendría que comunicar, en el plazo establecido por la TRLCon, el crédito derivado del contrato pendiente que tiene frente al concursado; posteriormente, en el caso de que llegara a declararse la resolución, ese derecho de crédito a la contraprestación se extinguiría y surgiría otro derecho nuevo (el derecho a la restitución, consecuencia de la resolución), pudiendo ser necesaria una modificación del valor del derecho de la parte *in bonis* (debido a que el valor del derecho a la contraprestación pactada y el correspondiente a la restitución de la prestación realizada puede no coincidir). En segundo lugar, el ejercicio de la resolución supondría admitir la tramitación de numerosos procesos dirigidos a declarar la misma, procesos cuyos gastos serían a cargo del patrimonio concursal, algo que el concurso que quiere evitar<sup>587</sup>.

Teniendo en cuenta las dificultades expuestas, nos decantamos por no admitir la facultad resolutoria de la parte *in bonis* con meros efectos obligacionales<sup>588</sup>. Tal y como

---

<sup>586</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., pp. 293 y 294; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 63.

<sup>587</sup> Señala y explica con acierto estos inconvenientes MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 64.

<sup>588</sup> Esta también es la opinión de la mayor parte de la doctrina – *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 64, y en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1141; GÓMEZ MENDOZA, M., en «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2804 y en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez), Tomo II, Valladolid, 2004, p. 1150; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pp. 81 y 82.



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

señala acertadamente algún autor<sup>589</sup>, debido a que la resolución es un medio de defensa del contratante particular que sufre la inejecución de la prestación por parte de su deudor, cuando esa inejecución afecta o puede afectar a todos o a la mayor parte de los acreedores, la tutela individual se sustituye por la tutela colectiva que constituye el concurso y que se dirige al cumplimiento de las obligaciones del concursado en la forma prevista en el convenio o de acuerdo con las reglas sobre la liquidación concursal.

Por tanto, conforme a lo expuesto, sostenemos que la parte in *bonis* de un contrato con obligaciones recíprocas que haya cumplido íntegramente sus prestaciones antes de la declaración de concurso no puede ejercitar la resolución por incumplimiento (se entienda la misma como productora de efectos retroactivos reales o como que solo produce meros efectos obligacionales). Así las cosas, tendrá que conformarse con que su crédito (el crédito derivado del contrato pendiente de cumplimiento por el concursado) forme parte de la masa pasiva, con la calificación que proceda<sup>590</sup>.

---

<sup>589</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 65.

<sup>590</sup> Se destaca la STS de 29 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3159): «*En este caso la arrendadora financiera tiene un crédito concursal, cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato, sino la reclamación del crédito dentro del concurso (...). Desde el punto de vista puramente obligacional, la arrendadora financiera es un acreedor más de la concursada cuyo crédito, si se cumplen los requisitos exigidos con carácter general a los acreedores concursales, se integra en la masa pasiva para ser satisfecho en los términos previstos en el convenio o en la liquidación. Pero no puede instar la resolución del contrato por el incumplimiento por el arrendatario financiero de su obligación de pago de las cuotas, porque en caso de acordarse la resolución del contrato y la restitución al arrendador de los bienes dados en arrendamiento financiero se le estaría permitiendo extraer de la masa del concurso determinados bienes o derechos, y librarse de sus consecuencias, frente a los demás acreedores concursales, que deberían pasar por las consecuencias negativas que para su crédito supone la declaración de concurso.*

*Lo anterior no obsta a que los titulares de los créditos privilegiados del art. 90.1.4º de la Ley Concursal – art. 270.4 TRLCon – que reúnan los requisitos exigidos en el art. 56.1 de la Ley Concursal – art. 150 TRLCon –, puedan, en los términos previstos en dicha Ley, ejercitar las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleven aparejada ejecución, pues el art. 56.1 de la Ley Concursal les ha extendido el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales. (...) Pero no es esa la acción ejercitada por la hoy recurrida en la demanda incidental. La acción ejercitada en la demanda fue la de resolución contractual por incumplimiento con restitución de los bienes entregados. En la demanda incidental se fundó la acción en el art. 1124 del Código Civil, la pretensión formulada fue la de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada y restitución de los bienes entregados en virtud del contrato, y la mención puntual al art. 56.1 de la Ley Concursal que se realizaba en la demanda lo fue a los solos efectos del plazo previsto en tal precepto. A la acción ejercitada le es aplicable el régimen expuesto en los anteriores fundamentos, por lo que procede su desestimación».*

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

Llegados a este punto, toca referirnos a la justificación del resultado o consecuencia de la aplicación del artículo 157 TRLCon – la inclusión del crédito o la deuda que corresponda al concursado en la masa activa o en la pasiva del concurso –. Ello se debe a que, como ha explicado el Tribunal Supremo<sup>591</sup>, las partes en este caso no siguen siendo recíprocamente deudoras y acreedoras. Específicamente ha determinado el Alto Tribunal que *«la reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o “lex privata”. Pero, a los efectos del artículo 61 LCon – arts. 157 y 158 TRLCon – cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente en la que se ha venido a llamar fase funcional del vínculo, y además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso»*. Expresa el Tribunal que las obligaciones que tuvieron inicialmente la condición de recíprocas la «pierden» si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de la declaración del concurso. Ello determina, si el cumplidor fuese la parte *in bonis*, que su crédito sea declarado concursal, concluyendo que la razón es que, durante la tramitación del concurso *«la relación funciona, de hecho, igual que por las que su estructura original no eran recíprocas»*.

Con relación a lo anterior, es necesario aclarar que cuando el Tribunal Supremo usa el desacertado vocablo *«perder»* – haciendo referencia a la condición de recíproca de una obligación – no se está refiriendo a la pérdida de la reciprocidad. En el caso de que una de las partes haya cumplido sus prestaciones con anterioridad a la declaración de concurso, ello no tiene como consecuencia que desaparezca la reciprocidad con respecto a las obligaciones de la otra parte de la relación. Lo que verdaderamente quiere decir el Alto Tribunal es que, en este supuesto del artículo 157 TRLCon, la relación recíproca entre las partes no se protege de un modo especial, como sí se hace en el artículo 158 TRLCon<sup>592</sup>. Ello es así porque, como se ha señalado más arriba, en este caso la relación,

---

<sup>591</sup> SSTs de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568); de 5 de septiembre de 2013, recurso núm. 376/2012, (RJ 2013\7423); de 23 de julio de 2014, recurso núm. 2335/2012, (RJ 2014\4787); de 12 de noviembre de 2014, recurso núm. 761/2013, (RJ 2014\5905); de 29 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3159); de 2 de noviembre de 2016, recurso núm. 976/2014, (RJ 2016\5102), entre otras.

<sup>592</sup> Estamos de acuerdo con ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 61, cuando determina que, en cuanto al *leasing* en el concurso *«no deja de existir la*

una vez declarado el concurso, funciona de la misma forma que las relaciones que no son recíprocas en su origen.

Desde la perspectiva de la parte *in bonis*, si ésta ha cumplido todo lo debido, no puede equipararse su tratamiento al del acreedor que es también deudor del concursado en el momento de la declaración del concurso (art. 158 TRLCon), pues a este último se le exige seguir cumpliendo frente al insolvente. Como acertadamente indica algún autor<sup>593</sup>, el acreedor del artículo que tratamos – 157 TRLCon – ha corrido la misma suerte que el resto de los acreedores: la declaración de concurso le ha sorprendido cuando su posición, en virtud del contrato habido con el concursado, era ya solamente la de acreedor. Así las cosas, su trato en el concurso no será especial, sino general, como el de cualquier acreedor concursal cuyas obligaciones no sean recíprocas.

### **3.2.2. Concreción del ámbito de aplicación del precepto**

Antes de terminar con este epígrafe, debemos esclarecer el ámbito de aplicación del artículo 157 TRLCon, pues con respecto a su precedente, el artículo 61.1 LCon, existían interpretaciones dispares tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A pesar de que la dicción literal del artículo 61.1 LCon ceñía el precepto a los contratos con obligaciones recíprocas (como ocurre en el actual artículo 157 TRLCon), en algunas ocasiones la jurisprudencia lo ha aplicado a contratos unilaterales<sup>594</sup>. En la doctrina, algún autor<sup>595</sup> consideraba que era aplicable a todos los contratos en general.

---

*reciprocidad entre la obligación de una y otra parte por el hecho de que una parte la cumpla instantáneamente y la otra de manera periódica; no deja de existir la reciprocidad entre la entrega del bien cedido y el pago de la cuota» concluyendo que «la cuestión es que en un proceso concursal esa reciprocidad no se protege de modo especial cuando una parte ha cumplido antes de la declaración del concurso».*

<sup>593</sup> ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 62.

<sup>594</sup> *Vid. ad. ex.* SAP Barcelona, de 1 de junio de 2006, recurso núm. 79/2006, (AC 2007\1004), que trata de un contrato de préstamo: «La doctrina entiende que se trata de un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la suma de dinero al prestatario, quien a partir de entonces asume la obligación de devolver esta cantidad con los intereses expresamente pactados y, en este caso, de acuerdo con el fraccionamiento de pago y los términos convenidos. (...) Consiguientemente, al tiempo de declararse el concurso de la prestataria, en que ya había vencido el primer plazo y restaban el resto, quedaba pendiente únicamente el cumplimiento de esta obligación de devolución del préstamo, que conforme al art. 61.1 LCon debía incluirse en la masa pasiva, y por lo tanto considerarse crédito concursal, tal y como fue clasificado por el Magistrado mercantil». Nos resulta algo desconcertante que

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

En cuanto a las interpretaciones destacadas – las cuales extendían la aplicación del sustituido artículo 61.1 LCon a los contratos unilaterales/a todos los contratos en general – se debe tener en cuenta que, debido a que no procede en este supuesto un trato especial, el precepto recogía la regla general de la LCon: la inclusión del crédito o la deuda que corresponda al concursado en la masa activa o pasiva del concurso. Por tanto, en aquellos casos de contratos no sinalagmáticos en los que era aplicable este trato general, en ocasiones se ha invocado, erróneamente en nuestra opinión, el artículo 61.1 LCon<sup>596</sup>.

---

la Audiencia, tras determinar como aplicable al préstamo el ya derogado artículo 61.1 LCon a continuación indique: «No resulta de aplicación el art. 62 LCon – sustituido por los arts. 160 a 164 TRLCon – porque este precepto que regula la posibilidad de resolver el contrato con obligaciones recíprocas, presupone el carácter bilateral del contrato, lo que no concurre en el préstamo que, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia, es unilateral». Sin perjuicio de que no resultara aplicable el artículo 62 LCon a este supuesto, el antiguo artículo 61.1 LCon, aplicado al préstamo en cuestión, también suponía el carácter bilateral del contrato, pues en concreto se refería a los contratos con obligaciones recíprocas.

En el mismo sentido, SJMerc núm. 1 de Bilbao, de 24 de febrero de 2006 (AC 2006\139): «El Banco que hizo el préstamo no tiene obligación pendiente, aunque el concursado sí que haya de reintegrar, por medio de los respectivos plazos, la cantidad prestada y sus intereses. En este caso nos hallamos ante uno de los supuestos que describe el art. 61.1 LCon, es decir, una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones, en este caso la entidad crediticia, y la otra tiene pendiente el cumplimiento».

<sup>595</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, p. 2957: «Debe hacerse notar que la Ley se ocupa de los contratos (art. 61.1) y de los “contratos con obligaciones recíprocas” (arts. 61.2 y 62)». Asimismo, VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 691 (específicamente nota núm. 2): «El apartado 1 del artículo 61 se refiere a todo contrato, pero el resto de reglas se predicen sólo para los de obligaciones recíprocas».

<sup>596</sup> Establece ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 67, que, como el régimen que se aplica a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas ya cumplidos por una de las partes al tiempo de declaración del concurso es el régimen general que se aplicaría a cualquier contrato que no fuera sinalagmático, «la doctrina y la jurisprudencia no tienen inconveniente en extender la regulación del apartado 1 de este artículo – se refiere al artículo 61 – a contratos que son unilaterales». Sobre el mismo tema, SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 429: «La reciprocidad entre las obligaciones parcialmente cumplidas – apartado 1º – o pendientes de cumplimiento – apartado 2º – es el elemento común de los contratos sujetos al régimen del artículo 61 de la Ley Concursal. (...) Quedan así fuera de esta categoría contractual los contratos unilaterales y los contratos bilaterales imperfectos. (...) No obstante, desde el punto de vista de los efectos del concurso, los jueces mercantiles parecen considerar que la problemática de los contratos unilaterales y de los bilaterales imperfectos es semejante a la de los contratos con obligaciones recíprocas parcialmente cumplidos y la doctrina ha mantenido la posibilidad de extender a los mismos los efectos del concurso previstos en el artículo 61.1 de la Ley Concursal».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Las interpretaciones expuestas podrían aplicarse al actual artículo 157 TRLCon, debido a que no se ha innovado en su contenido. Sin embargo, aunque el régimen que se aplica a los contratos con obligaciones recíprocas ya cumplidas por una de las partes en el momento de la declaración del concurso sea el régimen general que se aplicaría a cualquier contrato que no fuese sinalagmático, entendemos que el artículo 157 TRLCon solo es aplicable al primer supuesto, ya que el otro excede de su ámbito. Por tanto, a nuestro juicio, la aplicación de este precepto debe limitarse a los contratos que el mismo se refiere, esto es, a los contratos con obligaciones recíprocas<sup>597</sup>. Así las cosas, en el caso de que exista un acreedor de un contrato no sinalagmático, lo correcto sería decir que se aplica la regla general del TRLCon, en este caso el artículo 251.1: «*Todos los créditos contra el deudor, ordinarios o no, a la fecha de la declaración de concurso, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio del acreedor, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, estén o no reconocidos en el procedimiento, salvo que tengan la consideración de crédito contra la masa*». Y ello aunque el resultado para este acreedor y el acreedor del artículo 157 TRLCon sea el mismo<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> En relación con lo expuesto, traemos a colación la STS de 18 de junio de 2014, recurso núm. 711/2012, (RJ 2014\3698): «*El recurrente invoca erróneamente el art. 61 LCon en un doble sentido. Por un lado, al considerar que el préstamo – que reconoce que es un contrato unilateral – debe someterse a las normas que allí se integran, cuando, sin más esfuerzo de interpretación, el propio artículo reza “vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, por lo que no es de aplicación*». Como vemos, esta sentencia del Tribunal Supremo es contraria a la SAP Barcelona, de 1 de junio de 2006 y a la SJMerc núm. 1 de Bilbao, de 24 de febrero de 2006 – *vid.* nota núm. 594 – ambas anteriores y pertenecientes a la jurisprudencia menor.

<sup>598</sup> Por tanto, no estamos de acuerdo con SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», AA.VV., *Regularización, aclaración y armonización de la Legislación Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Ana Belén Campuzano Laguillo), Pamplona, 2018, p. 175, cuando determina que la solución prevista en el artículo 157 TRLCon resulta extensible a todos los contratos en los que solo un contratante resulta obligado. Como acertadamente indica BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», *cit.*, p. 1768 (específicamente en nota núm. 28), esta apreciación resulta superflua, pues idénticas consecuencias se derivan para los contratos unilaterales de los efectos generales del concurso.

### 3.3. Contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 158 TRLCon)

#### 3.3.1. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica

El artículo 158 TRLCon dispone: «*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado*».

Parte de la doctrina<sup>599</sup> señala con respecto al supuesto de hecho de la norma, que «*las obligaciones recíprocas pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes bien porque ninguna de ellas haya cumplido todavía las que asumió al celebrar el contrato (por ejemplo, un contrato de tracto único todavía no ejecutado por ningún contratante – la sociedad X ha comprado mercancía que aún no ha pagado, ni le ha sido entregada –), bien porque se trata de un contrato de tracto sucesivo o de duración que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero que también está previsto su cumplimiento para el futuro*»<sup>600</sup>. Con respecto a esto último vemos necesario aclarar que lo expuesto corresponde al supuesto general, pues pueden existir contratos de tracto sucesivo en los que tras la declaración de concurso sólo existan prestaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes<sup>601</sup>. En relación

---

<sup>599</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1127. Comparte las palabras de la autora destacada SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 437.

<sup>600</sup> Se reproducen estas palabras de MÁRTINEZ FLÓREZ, A. en la SJMerc núm. 1 de Alicante, de 19 de junio de 2006, (JUR 2006\299839). Con respecto a la distinción entre contratos de tracto único y sucesivo señala ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos*, cit., p. 40 que: «*en los contratos de tracto único, las obligaciones recíprocas nacen en el mismo momento de celebración del contrato – aunque su cumplimiento pueda aplazarse en el tiempo –, sin embargo, en los de tracto sucesivo uno es el momento de nacimiento del contrato y otro el de sus obligaciones recíprocas, que nacen sucesivamente. En los primeros la obligación es única, en los segundos, las obligaciones son varias idénticas o similares que nacen sucesivamente en el tiempo, en correlación con la respectiva obligación de la otra parte, o una que permanece esencialmente en el tiempo dando lugar a la recíproca obligación por el tiempo transcurrido*».

<sup>601</sup> En contra, GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2805, que afirma que los contratos de tracto sucesivo, por definición, han de calificarse pendientes de cumplimiento por ambas partes y regirse por el artículo 61.2 LCon (ahora art. 158

con ello, como acertadamente ha especificado algún autor<sup>602</sup>, el fundamento para que se aplique el artículo 158 TRLCon no es que un contrato sea de tracto sucesivo, sino que tenga obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al momento de declararse el concurso. Así, en cuanto al contrato de *factoring*, aunque sea un contrato de tracto sucesivo<sup>603</sup>, no por ello se aplica de forma automática el artículo 158 TRLCon, como más adelante veremos. Ídem en relación con el contrato de *leasing*: podemos considerarlo como un contrato de tracto sucesivo (y decimos «podemos considerarlo» porque somos conscientes de los problemas que existen en la determinación de dicha categoría contractual<sup>604</sup>), pero ello no deriva a la aplicación del artículo 158 TRLCon, pues éste se aplicará cuando al momento de la declaración del concurso las obligaciones recíprocas emanadas del contrato de *leasing* estén pendientes de cumplimiento tanto por el arrendador financiero como por el arrendatario. Es esta cuestión la que ha considerado relevante el Tribunal Supremo para estimar aplicable al contrato de *leasing* el ahora artículo 158 TRLCon, y no dilucidar si es de tracto único o de tracto sucesivo. En este punto destacamos que en la mayoría de las ocasiones la única obligación a cargo de la arrendadora financiera consiste en la entrega del bien al usuario, estableciendo el Alto Tribunal que si ésta se ha realizado antes del concurso,

---

TRLCon). Asimismo, GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 698: «*estrictamente el art. 61.1 LCon – art. 157 TRLCon – sólo es aplicable a los contratos de tracto único*».

<sup>602</sup> ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., pp. 60 y 61.

<sup>603</sup> Indican que el contrato de *factoring* es de tracto sucesivo VARA DE PAZ, N., «Extinción del contrato. La quiebra en particular», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, p. 344; ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 257; MONTSERRAT VALERO, A., TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (2)», AA.VV., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias* (dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), Tomo XVIII, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 452

<sup>604</sup> Tal y como destaca ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 366: «*Al ser el leasing un contrato sui generis con elementos comunes a la compraventa y al arrendamiento, no es fácil concluir si el leasing es un contrato de tracto único o sucesivo*». Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*, destacando que es una cuestión compleja, y concluyendo que dicho negocio jurídico no puede incardinarse en ninguna de las formas legales típicas, *vid.* PACHECO CAÑETE, M., en *El contrato de lease-back*, Madrid, 2004, p. 37 (específicamente nota núm. 1); y en «Naturaleza jurídica del leasing financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 255, 2005, pp. 108 a 110.

**El contrato de factoring en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

una vez declarado el mismo sólo existirán obligaciones pendientes para el arrendatario – pago de las cuotas –, aplicándose entonces el artículo 157 TRLCon<sup>605</sup>.

En otro orden de cosas, la instauración en la ya derogada LCon (art. 61.2) de una automática declaración de vigencia de los contratos sinalagmáticos no cumplidos íntegramente por ninguna de las partes fue novedosa, no teniendo precedente en el Derecho comparado ni en los Anteproyectos de Ley de Concurso de Acreedores<sup>606</sup>. En cuanto a los textos prelegislativos, todos otorgaban un derecho de opción al órgano de administración del concurso para el cumplimiento o resolución del contrato, siguiendo el ejemplo de otros países europeos<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> Vid. SSTS de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568); de 12 de noviembre de 2014, recurso núm. 761/2013, (RJ 2014\5905); de 12 de septiembre de 2015, recurso núm. 2216/2013, (RJ 2015\4184); de 29 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3159). Sobre la posición del Tribunal Supremo vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Contratos financieros y concurso de acreedores: leasing y seguro», AA.VV., *Los mercados financieros* (coord. Ana Belén Campuzano Laguillo, Fernando Conlledo Llantero y Ricardo J. Palomo Zurdo), 2ª edición, Valencia, 2017, pp. 152 y 153.

<sup>606</sup> Destacaba este carácter original y novedoso BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1759; así como GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2808, la cual apuntaba que «*sorprende el legislador español porque en todas las leyes de nuestro entorno (...) se permite a la sindicatura optar entre el cumplimiento del contrato o el rechazo de éste. Así en la InsO (art. 103), en la Ley francesa (art. 37), en la italiana (art. 72), en la portuguesa (art. 161) y hasta en el Derecho estadounidense (sección 365)*».

<sup>607</sup> Así, el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 establecía que el órgano de administración del concurso tenía que declarar, en el plazo de un mes, contado desde la fecha de la declaración del concurso, si optaba por la resolución o por la ejecución del contrato (art. 46). En el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 el tratamiento era algo distinto: el deudor, con la aprobación del síndico, o éste solo en el caso de sustitución, debían optar por la resolución o ejecución del contrato. Ahora bien, la resolución se entendía producida automáticamente por el transcurso del plazo fijado para la insinuación de créditos sin que el concursado o el síndico se hubiesen pronunciado (art. 174). En la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1996, el artículo 72 se refería a los contratos bilaterales pendientes de ejecución total o parcial: se atribuía a los síndicos o al deudor con autorización de los interventores, la facultad de resolver el contrato antes de que finalizara el plazo para presentar solicitud de comunicación de reconocimiento de créditos. Si la parte *in bonis* quería reducir el tiempo de incertidumbre, podía requerir a la sindicatura o al deudor y a los interventores para que manifestaran si resolvían o no el contrato; si éstos no ejercitaban la facultad resolución en los cinco días siguientes, ya no podían hacerlo con posterioridad, salvo que el juez aprobase un convenio que no fuera de continuación de la actividad u ordenase la liquidación.

Sobre estos tres textos prelegislativos, vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reformas del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro ordenamiento jurídico», AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, Valladolid, 1998, *passim*. Sobre la reforma del Derecho concursal en general, vid. URÍA, R., «En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal», AA.VV., *La reforma del Derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Madrid, 1982, *passim*; ROJO



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Esta automaticidad establecida en la actualidad por el artículo 158 TRLCon – que sin duda consideramos bastante positiva<sup>608</sup> – puede generar, sin embargo, problemas. Como dispone el precepto, el concursado debe cumplir con cargo a la masa. Así también se establece por el artículo 242.9º TRLCon: «*Son créditos contra la masa (...)* 9. º *Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...».*

En cuanto al pago de los créditos contra la masa, el artículo 245.2 TRLCon, determina que se pagarán a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso<sup>609</sup>. Si bien, el artículo 245.3 TRLCon permite que la administración concursal postergue el pago de éstos, cuando lo considere conveniente

---

FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho concursal español», AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río), Madrid, 2003, *passim*.

Comentan en particular el tema de los efectos del concurso sobre los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes en los Anteproyectos citados MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pp. 1118 y 1119; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., pp. 1763 y 1764.

<sup>608</sup> Compartimos lo establecido por GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2809, en cuanto a las ventajas del sistema español en relación con el régimen de opción. Sin embargo, la autora también destaca los «*inconvenientes de la vigencia de los contratos en el concurso*» (pp. 2810 y 2811), con los que no estamos de acuerdo. En primer lugar, indica como desventaja que el contrato continúe en el concurso cuando el mismo suponga una rémora para la masa. Con respecto a ello, advertimos que el TRLCon dispone que, en el caso de que contrato no convenga al interés del concurso, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, pueden solicitar su resolución mediante el artículo 165 TRLCon (posibilidad que también indica la autora, si bien destacando que a su juicio representa una excesiva judicialización de todo el procedimiento).

En segundo lugar, determina que el régimen de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes «*abarca también aquellos contratos no afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, al proceso productivo*». Es decir, entiende que la norma se refiere a todos los contratos, y que por lo tanto se mantienen «*incluso aquellos que guardan relación con la persona misma del deudor*», señalando que no deberían correr a cargo de la masa. Con respecto a ello, destacamos que el artículo 158 TRLCon se refiere a contratos de bienes y derechos comprendidos en el patrimonio concursal, dependiendo la formación de este patrimonio de si el concurso es de persona natural o de persona jurídica. Por tanto, no abarca «*todos los contratos*», sino aquéllos que resulten afectados por el concurso en cada caso. Con relación al tema, aunque tratando el Derecho anterior, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pp. 155 y 156, autor que cuando analiza la suerte de los contratos en curso una vez declarada la quiebra específica que los mismos deben tratarse de contratos que hagan referencia a bienes o derechos comprendidos en el patrimonio concursal, pues, de otro modo, la quiebra no les afectaría.

<sup>609</sup> Los créditos por salarios que tengan la consideración de contra la masa se pagarán de forma inmediata (art. 245.1 TRLCon).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

para el interés del concurso y siempre que la masa activa resulte suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa, salvo en los casos de créditos laborales, créditos por alimentos, créditos tributarios y de la Seguridad Social. Pero, sin perjuicio de que la administración concursal pueda hacer uso de esa facultad, la regla general es que los créditos contra la masa se satisfarán de forma inmediata a medida de que vengzan, sin esperar el desarrollo del procedimiento<sup>610</sup>.

Por tanto, conforme al artículo 158 TRLCon, el concursado debe cumplir las prestaciones a que esté obligado a su vencimiento. En cuanto a la realización de las mismas, si está en régimen de intervención, debe contar con la autorización o conformidad de la administración concursal; si está en régimen de suspensión, la realización de dichas prestaciones corresponderá a aquélla, pues sustituirá al concursado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa (art. 106 TRLCon). Como vemos, la colaboración de la administración concursal resulta necesaria para poder seguir cumpliendo los términos del contrato, sea porque intervenga el acto del deudor, sea porque sustituya a éste<sup>611</sup>.

Así las cosas, la doctrina<sup>612</sup> se ha cuestionado qué ocurre si alguna prestación del deudor vence inmediatamente después de declarado el concurso, sin que la administración concursal nombrada haya aceptado el cargo (arts. 28.1.4º y 66.1 TRLCon).

---

<sup>610</sup> Vid. SAP Navarra de 14 de diciembre de 2016, (AC 2017\246): «El artículo 84.3 – ahora 245 TRLCon – establece una regla general (pago a vencimiento), una regla excepcional (posibilidad de postergación) y, a su vez, una contra – excepción (no podrán postergarse determinados créditos)». Sobre los créditos contra la masa, vid. DÍAZ MORENO, A., «La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2014, pp. 339 a 350; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., «Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, *passim*.

<sup>611</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2962 (específicamente nota núm. 35).

<sup>612</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1775; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2962.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Como hemos destacado, el concursado debe cumplir sus prestaciones a su vencimiento, necesitando de la colaboración del administrador concursal. Pero hasta la aceptación de éste, existe una situación de vacío, que impide el desenvolvimiento ordinario del contrato en lo que se refiere a la ejecución de las obligaciones a cargo del concursado. A diferencia de otros ordenamientos europeos, no existe en el nuestro un periodo en el que el contrato se considere suspenso hasta que la administración concursal, tras el análisis de la situación patrimonial del deudor, se encuentre en condiciones de decidir si resuelve el contrato o si continúa el mismo.

Estando vigente la LCon parte de la doctrina consideraba que su artículo 44.2 ofrecía una solución a esta situación<sup>613</sup>. Este artículo disponía que, «*sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones de mercado*». El artículo establecía esta posibilidad en el supuesto de intervención de las facultades de disposición y administración del deudor. Sin embargo, se manifestaba por la doctrina que, aunque el precepto contemplase exclusivamente el supuesto de intervención de las facultades del concursado, debía entenderse que cabía la aplicación analógica de la misma solución para el caso de suspensión<sup>614</sup>. En el actual TRLCon se ha plasmado esta interpretación, pues su artículo 111.2 determina la posibilidad de que el concursado, hasta la aceptación de la administración concursal, pueda realizar los actos que sean imprescindibles para la

---

<sup>613</sup> Así lo entendía BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1775. También MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal)», cit., p. 2963, si bien limitando esta solución al caso en el que concursado se encontrase en régimen de intervención, pues parecía considerar el precepto como no aplicable al supuesto de suspensión (*vid.* nota núm. 620).

<sup>614</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1775; COLINO MEDIÁVILLA, J. L., «Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», cit., p. 619; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 917 y 918.

continuación de su actividad, sin diferenciar si aquél se encuentra en régimen de suspensión o en régimen de intervención<sup>615</sup>.

Pues bien, se ha determinado que el régimen establecido actualmente en el artículo 111.2 TRLCon permite que el concursado pueda seguir realizando las prestaciones a que esté obligado en los contratos con obligaciones recíprocas del artículo 158 TRLCon<sup>616</sup>. Sin embargo, se debe tener en cuenta que al precepto lo limitan los dos requisitos marcados por el mismo: primero, que los actos sean imprescindibles para la continuación de la actividad; y segundo, que se ajusten a las condiciones de mercado. En este punto cabe destacar que el sustituido artículo 44. 2 LCon determinaba un requisito más: que los actos estuviesen comprendidos en el giro o tráfico de la actividad del fallido<sup>617</sup>. Como indica algún autor<sup>618</sup>, entendemos que el ámbito de actuación demarcado por los requisitos señalados en el artículo 111.2 TRLCon no permite al concursado cumplir con todos los contratos sinalagmáticos sujetos al artículo 158 TRLCon. Realmente, lo correcto en esta situación sería que el concursado recabase autorización judicial para la ejecución de las prestaciones que excedan del marco establecido por el precepto<sup>619</sup>.

---

<sup>615</sup> Se señala esta modificación plasmada en el artículo 111.2 TRLCon en la *Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, realizada por el Ministerio de Justicia ([https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430896110-Memoria del Analisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se ap.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430896110-Memoria%20del%20Analisis%20de%20Impacto%20Normativo%20del%20Proyecto%20de%20Real%20Decreto%20Legislativo%20por%20el%20que%20se%20ap.PDF)) – fecha de consulta: 20 de junio de 2021 –, concretamente en la p. 31.

<sup>616</sup> Vid. nota núm. 613.

<sup>617</sup> Apunta la eliminación de este requisito ALONSO-MUÑUMER, M.E. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *Novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020, p. 27. La *Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, realizada por el Ministerio de Justicia (p. 31), destaca en relación con el artículo 111.2 TRLCon que: «la norma se redacta de forma que sea más coherente con la idea de evitar la interrupción de la actividad, por lo que se suprime el requisito establecido en la Ley Concursal de que se tratara de actos propios del giro o tráfico».

<sup>618</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1776.

<sup>619</sup> Compartimos la tesis de BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1776, si bien el autor se refiere al artículo 44.2 LCon: «A nuestro juicio, en esta situación, el deudor deberá recabar autorización judicial para la ejecución de los actos que excedan del estrecho marco demarcado por este precepto; teniendo en cuenta que el fallido ejerce en este periodo funciones destinadas a los administradores concursales, la fórmula propuesta encuentra apoyo en el último inciso del art. 43.1 LCon – ahora 204 TRLCon –, en la medida que habilita a aquellos

Si el juez no otorga dicha autorización, el cumplimiento de esas prestaciones del concursado deberá posponerse hasta que el administrador concursal haya aceptado su cargo. Si antes de esta circunstancias se produce el vencimiento de alguna de aquéllas, podrá interponerse por la parte *in bonis* la resolución por incumplimiento (art. 161 TRLCon). No obstante, si el contrato resultase beneficioso para el concurso, aunque exista en este caso causa de resolución, el juez podrá acordar su cumplimiento, conforme al art. 164 TRLCon – precepto que comentaremos más adelante<sup>620</sup> –.

Todo ello se entiende sin perjuicio de que el juez del concurso haya establecido como medida cautelar relacionada con la administración y conservación del patrimonio del deudor que éste vaya cumpliendo las prestaciones de los contratos a los que se refiere el artículo 158 TRLCon hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 28.3 TRLCon). Entendemos que esta medida se decretará en los casos en que se prevea que el vencimiento de la prestación del concursado ocurrirá antes que la aceptación de la administración concursal.

---

*administradores para solicitar auxilio del juez cuando lo estimen necesario*». Es relevante aclarar que la solicitud del auxilio del juez a la que se refiere el autor se relaciona con la finalidad de la conservación de la masa activa «*del modo más conveniente para los intereses del concurso*» (vid. art. 204 TRLCon). Se entiende así que la ejecución de la prestación a cargo del concursado en el momento de su vencimiento tiene que ver con la conservación de la masa activa, pues si aquélla no se realiza, existirá un incumplimiento, pudiéndose ejercitar por la parte *in bonis* la acción del artículo 161 TRLCon. Si esta acción – resolución por incumplimiento – resultase estimada, tendrá las consecuencias establecidas en el artículo 163 TRLCon, entre las cuales se encuentra el resarcimiento a la parte *in bonis* de los daños y perjuicios que procedan, con el consiguiente aumento de la deuda del concursado (si es que se reconocen esos daños y perjuicios por el juez). Creemos que, con el objeto de evitar este resultado, el autor considera, apoyándose en el artículo 43.1 LCon (ahora 204 TRLCon) y extendiendo la facultad de solicitud al deudor, que éste puede obtener autorización del juez para seguir cumpliendo las prestaciones a su cargo en los contratos a los que se les aplica el actual artículo 158 TRLCon, cuando excedan del supuesto del artículo 111.2 TRLCon y se considere conveniente.

<sup>620</sup> Esta es la tesis que MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2963, aplicaba al supuesto en que el concursado estuviese en régimen de suspensión. Como establecimos en nota núm. 613, el autor consideraba aplicable el ya derogado artículo 44.2 LCon como solución si el concursado se encontraba en régimen de intervención. Ahora bien, si se encontraba en régimen de suspensión, determinaba que «*el artículo 44.3 LCon da a entender que el cumplimiento de estos contratos deberá diferirse, como mínimo, hasta que los administradores concursales hayan aceptado el cargo (...) con lo que, si el vencimiento tiene lugar con anterioridad, puede pensarse que no queda otra salida que la resolución de los mismos*». Finalizaba indicando la posibilidad de aplicar por el juez el artículo 62.3 LCon (ahora 165 TRLCon) si el contrato fuese beneficioso para el concurso.

Terminada esta cuestión, y continuando con el análisis del precepto, hemos ya destacado que el mismo dispone que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Ello se justifica por el «sacrificio» actual de la parte *in bonis* a favor del concurso. Es decir, ésta debe seguir cumpliendo para quien ha sido declarado en concurso<sup>621</sup>. Resultaría injusto exigirle un cumplimiento íntegro y concederle a cambio su prestación en moneda concursal<sup>622</sup>.

Por tanto, en este supuesto de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambos contratantes, la parte *in bonis* tiene un trato más beneficioso, ya que sus créditos no se integran en el concurso y, en consecuencia, no se someten a la ley del dividendo<sup>623</sup>. Se ha destacado por un sector doctrinal que resulta paradójico que reciba

---

<sup>621</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 677: «*La obtención de un contravalor (contraprestación) por el concurso una vez declarado decide la calificación como crédito contra la masa del consiguiente sacrificio «actual» del contratante in bonis (...) El crédito del contratante no concursado merece la calificación ventajosa de crédito contra la masa porque responde a un sacrificio presente a favor del concurso*».

En la jurisprudencia, destacamos la SAP Jaén, de 5 de octubre de 2010, recurso núm. 267/2010, (JUR 2011\66352): «*El carácter privilegiado de determinadas deudas, a cargo de la masa, solo tienen razón de ser cuando los citados acreedores contribuyan con su sacrificio actual al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado. (...) El sacrificio especial que se le pide es el de continuar prestando sus servicios, de ahí que ese es el que justifica el trato privilegiado, que sus nuevos créditos sean contra la masa*».

Sobre este tema en el texto, comparando el acreedor concursal del artículo 157 TRLCon con el acreedor contra la masa del artículo 158 TRLCon, *vid. supra* apartado 3.2.1 de este capítulo.

<sup>622</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 Ley Concursal): algunos aspectos controvertidos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, p. 114; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal)», cit., p. 2960; ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 62. El autor SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 102, lo denomina «*principio de compensación de sacrificios*»: el sacrificio para la parte *in bonis* es cumplir el contrato sinalagmático pese al concurso y su compensación es la calificación de su crédito como contra la masa.

En el Derecho anterior también se hacía referencia a este resultado injusto: *vid.* GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 453, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., p. 315; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 461.

<sup>623</sup> Es cierto que la consideración del crédito de la parte *in bonis* como «contra la masa» puede no bastar, pues es posible que la masa activa resulte insuficiente para el pago los créditos que han de satisfacerse con cargo a ella. Pero, sin duda, tiene este acreedor mejor posición que un acreedor concursal cuyo crédito debe incluirse en la masa pasiva.

En relación con la referida insuficiencia de la masa activa, *vid.* DÍAZ MORENO, A., «La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa», cit., p. 350, autor que apunta que «*en estos casos se habla gráficamente (pero sin pretensiones de rigor técnico) de la “insolvencia de la masa” o del “concurso del concurso”*». Sobre la posición privilegiada de los acreedores contra la masa, *vid.* DÍAZ

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

mejor trato el contratante *in bonis* que aún no ha cumplido con sus obligaciones recíprocas<sup>624</sup>. El tener o no dicho trato ventajoso depende, ciertamente, del momento en el que se encuentre el contrato sinalagmático cuando se produzca la declaración de insolvencia (pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis* y por el concursado/ sólo cumplido por la parte *in bonis*), pero, como se ha visto, existen razones para ello.

Debido a que la consecuencia jurídica del artículo 158 TRLCon otorga mejor posición a la parte *in bonis*, en la práctica ésta suele intentar que se le aplique el precepto, alegando que existen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes una vez declarado el concurso. A modo de ejemplo se destacan los casos de *swap* y de *leasing*, que han dado lugar a bastante jurisprudencia<sup>625</sup>. En el primer supuesto, ante la declaración de concurso del cliente de *swap*, las entidades de crédito intentaban que se les aplicase el régimen establecido para los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, con el objeto de que se calificasen los saldos a su favor derivados del contrato una vez declarado el concurso como «créditos

---

MORENO, A., «La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa», cit., pp. 346 a 350; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Las deudas de la masa*, cit., pp. 105 y ss.

<sup>624</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 692, explica que la parte *in bonis* podría salir mejor parada si tarda en cumplir, pues en el supuesto de pendencia de cumplimiento de ambos contratantes ya no se obliga a aquélla a someterse a la ley del dividendo, concluyendo que deberíamos aconsejar al vendedor que está a punto de efectuar su prestación, y prevé una inminente declaración de concurso del comprador, que no entregue. A modo de aclaración, consideramos preciso recalcar que el autor se refiere al caso en el que el comprador tampoco hubiese cumplido, pues si hubiera cumplido éste y la parte *in bonis* no, estaríamos en el ámbito de aplicación del artículo 157 TRLCon.

Se refieren también a esta cuestión ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 63 y GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2798.

<sup>625</sup> En el caso de *swap* se destacan las SSTS de 8 de enero de 2012, recurso núm. 1124/2011, (RJ 2013/1631); de 9 de enero de 2012, recurso núm. 1123/2011, (RJ 2013/1633); de 2 de septiembre de 2014, recurso núm. 1140/2012 (RJ 2014/5116); de 17 de noviembre de 2015, recurso núm. 3065/2012, (RJ 2015/5626); de 18 de noviembre de 2015, recurso núm. 3309/2012, (RJ 2015/5496); de 24 de mayo de 2018, recurso núm. 2715/2015, (RJ 2018/2131); de 20 de junio de 2018, recurso núm. 2498/2015, (RJ 2018/2786).

En el caso de *leasing* destacamos las SSTS de 12 de febrero de 2013, recurso núm. 1915/2011, (RJ 2013/4933); de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013/2568); de 24 de marzo de 2014, recurso núm. 721/2012, (RJ 2014/1756); de 2 de septiembre de 2014, recurso núm. 1140/2012, (RJ 2014/5116); de 12 de septiembre de 2015, recurso núm. 2216/2013, (RJ 2015/4184); de 24 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016/3156); de 2 de noviembre de 2016, recurso núm. 976/2014, (RJ 2016/5102).

contra la masa». Sin embargo, el Tribunal Supremo ha determinado que «*el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes, sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas*», concluyendo que no es aplicable el ahora artículo 158 TRLCon, y calificando el crédito como concursal<sup>626</sup>. En el caso del *leasing*, ante la declaración de concurso del arrendatario financiero, las sociedades de *leasing* procuraron la aplicación del régimen establecido por el artículo 158 TRLCon para que las cuotas periódicas de *leasing* a cargo del concursado se considerasen contra la masa. Empero, tal y como se ha explicado al principio de este apartado, el Tribunal Supremo ha establecido que determinados *leasing* no deben incluirse en ese artículo, sino en el artículo 157 TRLCon, especificando que ello sucede en los casos en que la entrega del bien al usuario sea la única obligación a cargo de la entidad de *leasing* y se hubiese realizado antes de la declaración de concurso.

Los resultados expuestos se deben a un esfuerzo interpretativo de estos contratos por parte de los tribunales. Dado que en muchas ocasiones se ha acudido a una aplicación casi automática del régimen del artículo 158 TRLCon a todo tipo de contratos, dicho esfuerzo era necesario para evitar en estos casos una sobredimensión de los créditos contra la masa que, desde luego, puede comprometer o reducir las expectativas de cobro de los acreedores concursales<sup>627</sup>.

### **3.3.2. Especial referencia a las prestaciones anteriores al concurso vencidas e incumplidas por el concursado**

Ya conocemos que en el supuesto del artículo 158 TRLCon – contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes una vez declarado el concurso –, el concursado debe realizar sus prestaciones con cargo a la masa. Ahora bien, se ha discutido por la doctrina si, en caso de existir prestaciones a cargo del concursado vencidas y no cumplidas con anterioridad a la declaración del concurso, las

---

<sup>626</sup> Muy crítico con las conclusiones del Tribunal Supremo se muestra VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 Ley Concursal): algunos aspectos controvertidos», cit., pp. 106 y 107.

<sup>627</sup> A ello se refiere FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, cit., p. 45.



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

mismas también serían contra la masa. Esta situación se da con frecuencia en los contratos de tracto sucesivo. Como ha señalado algún autor<sup>628</sup>, es común en la práctica que el deudor, como consecuencia de la situación de crisis económica, incumpla contratos de tracto sucesivo en la época previa a la declaración de concurso. Señalamos, a modo de ejemplo, un contrato de suministro de energía eléctrica: si el concursado adeuda cantidades vencidas antes de la declaración de concurso, nos preguntamos si éstas se pagarán contra la masa. O imaginemos el caso de que se declarase en concurso el cliente de *factoring* y se aplicase al contrato el artículo 158 TRLCon, por tener el mismo obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes<sup>629</sup>: si existen prestaciones anteriores a la declaración de concurso incumplidas por el concursado ¿serán contra la masa?

También pueden existir prestaciones vencidas y no cumplidas antes de la declaración de concurso en los contratos de tracto único con prestaciones fraccionadas y diferidas<sup>630</sup>. Es el caso, por ejemplo, de que se venda una máquina y se pacte que el contrato se ejecute en dos fases: en una primera se tiene que instalar parte de la máquina y pagarse la mitad del precio y en la otra, completarse la instalación y pagarse el resto del precio<sup>631</sup>. Si la parte *in bonis* es la que tiene que realizar la instalación de la máquina y antes de la declaración del concurso de su contraparte ha ejecutado la prestación perteneciente a la primera fase (instalar parte de la máquina) sin haber recibido el pago de parte del precio, existe el interrogante de si éste se realizará con cargo a la masa.

---

<sup>628</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, p. 132; JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, p. 121.

<sup>629</sup> La cuestión sobre la aplicación del artículo 158 TRLCon al contrato de *factoring* se explica en el apartado cuarto de este capítulo.

<sup>630</sup> Indica GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 119, que «*nada impide que en un contrato de tracto único haya una prestación parcial de una parte antes de la declaración de concurso*».

<sup>631</sup> El ejemplo expuesto pertenece a MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pp. 85 y 86.

Las ya derogadas disposiciones de la LCon suscitaban grandes dudas con respecto a la calificación de estos créditos derivados de prestaciones anteriores a la declaración del concurso<sup>632</sup>, dudas que permanecen con el nuevo TRLCon. El artículo 158 TRLCon, al igual que el sustituido 61.2 LCon, no aclara la cuestión: no distingue entre prestaciones del concursado anteriores o posteriores a la declaración del concurso. Tampoco el artículo 242.9º TRLCon. Ello a diferencia del Derecho comparado: en el Derecho alemán, el artículo 105 de la *Insolvenzordnung (InsO)*<sup>633</sup> diferencia las prestaciones anteriores y las posteriores a la declaración del concurso en los casos en que estas prestaciones fueran divisibles<sup>634</sup>. En el Derecho italiano, la *L. fall.* considera solo créditos contra la masa los que sean calificados como tales por la Ley y aquellos que surjan con ocasión o en función del procedimiento concursal (art. 111.2). Y precisamente el artículo 74 *L. fall.*, especifica que son contra la masa las prestaciones anteriores a la declaración del concurso de los contratos de ejecución continuada o periódica (tracto sucesivo) que se mantuvieran vigentes en el procedimiento por decisión del administrador concursal (*curatore*)<sup>635</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el nuevo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII* en adelante) modifica esta disciplina, estableciendo que, en caso de prosecución del contrato por la administración concursal, sólo son contra la masa los créditos generados tras la

---

<sup>632</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 117.

<sup>633</sup> *Insolvenzordnung (InsO)*, vom 5. oktober 1994 (*Bundesgesetzblatt, jahrgang aus Nr. 70 vom 18.20.1994 seite 2866*).

<sup>634</sup> En el Derecho alemán, cuando un contrato bilateral está pendiente de cumplimiento por ambas partes, el administrador de la insolvencia (*Insolvenzverwalter*) puede optar por el cumplimiento del contrato, siendo contra la masa los créditos que surjan a favor de la parte *in bonis* (art. 55 *InsO*). En caso de que las prestaciones fueran divisibles, si la parte *in bonis* hubiese realizado su prestación antes de la declaración del concurso, el crédito de aquella por esa prestación ya ejecutada será concursal (art. 105 *InsO*). Sobre el tema, *vid.* JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pp. 122 y ss., así como GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pp. 121 y ss.

<sup>635</sup> Anteriormente, el artículo 74 *L.Fall.* se refería sólo al «*contratto di somministrazione*» (contrato de suministro), pero se modificó por el *Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169*: «*Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonche' al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80*» (*Gazzetta Ufficiale, núm. 241 del 16 ottobre 2007*).

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

declaración del concurso, incluso en los casos de contrato de tracto sucesivo (arts. 172.3 y 179).

A consecuencia de la falta de claridad de nuestra normativa concursal en este punto, existen en nuestra doctrina la «tesis de la unidad» y la «tesis de la división»<sup>636</sup>. La primera de ellas considera que todas las prestaciones, tanto las anteriores como las posteriores, son con cargo a la masa. La segunda, la tesis de la división, realiza una separación entre prestaciones anteriores y prestaciones posteriores a la declaración del concurso: las primeras son créditos concursales y las segundas créditos contra la masa.

Los que están a favor de la «tesis de la unidad» utilizan como argumento a favor de la calificación de las prestaciones anteriores a la declaración del concurso como créditos contra la masa la literalidad de los actualmente artículos 158 y 242.9º TRLCCon: debido a que el legislador no distingue entre prestaciones anteriores o posteriores consideran que deben entenderse todas con cargo a la masa<sup>637</sup>. A su vez, se añade por

---

<sup>636</sup> JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 122.

<sup>637</sup> A favor de la «tesis de la unidad» se pronuncian MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 109; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1790; SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 106; GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 130, aunque esta última autora antes de inclinarse a favor de esta tesis se muestra dubitativa: «*dado que el artículo 62.4 – ahora art. 163 TRLCCon – las declara concursales – se refiere a las prestaciones vencidas e incumplidas por el concursado antes de la declaración del concurso – cuando hay resolución por incumplimiento, nos encontramos que una misma prestación pasaría por diferentes vicisitudes. Sería crédito contra la masa, pero si se incumpliese se permitiría que la otra parte resolviese el contrato e incluyera el crédito en el concurso, siempre que el juez no dijera otra cosa, en cuyo caso la “prestación debida” volvería a ser con cargo a la masa (art. 62.3) – ahora art. 164 TRLCCon –. Todo lo cual no deja de ser chocante*». Cabe destacar, además, que en una publicación anterior se muestra a favor de la tesis de la división (GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2819).

El cambio de criterio también se produjo en el profesor VALPUESTA GASTAMINZA, E., aunque en sentido contrario al expuesto: tras declarar en «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 701 que «*con el tenor legal parece claro que las obligaciones con cargo a la masa son todas las pendientes, y no sólo las que hayan nacido – en su caso – después del concurso*», modifica su opinión en una publicación posterior, manifestándose a favor de la «tesis de la división» [VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 Ley Concursal): algunos aspectos controvertidos», cit., p. 114].

algún autor<sup>638</sup> que la protección especial que debe brindarse a la contraparte *in bonis* en los contratos con obligaciones recíprocas es otra razón de peso más.

Sin embargo, consideramos estas razones insuficientes, mostrándonos a favor de la «tesis de la división». Tal y como establece algún autor<sup>639</sup>, estos supuestos en los que el acreedor realizó su prestación antes de la declaración de concurso sin recibir la contraprestación por parte del concursado, se identifican con los casos en que la parte *in bonis* ha cumplido íntegramente sus obligaciones y el deudor tiene pendiente el cumplimiento de las recíprocas a su cargo (esto, es con el supuesto de hecho del artículo 157 TRLCon). En consecuencia, se debe aplicar a los créditos de la parte *in bonis* anteriores a la declaración del concurso la solución del artículo 157 TRLCon: serán créditos concursales.

Esto es así al menos en los casos de contratos de tracto sucesivo<sup>640</sup>: en este tipo de contratos existen una pluralidad de actos ejecutivos que constituyen prestaciones independientes desde un punto de vista económico-funcional. Existe en ellos un especial funcionamiento de la sinalagmaticidad: tienen un solo sinalagma genético y varios sinalagmas funcionales entre cada una de las obligaciones sucesivas y las recíprocas a cargo de la contraparte<sup>641</sup>. Por tanto, las prestaciones se independizan entre

---

<sup>638</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 130.

<sup>639</sup> JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 132.

<sup>640</sup> A favor de la tesis de la división en los contratos de tracto de sucesivo se manifiestan ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 163; JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pp. 131-133 (aunque este autor trata sobre los contratos de suministro en particular, hace referencia a los contratos de tracto sucesivo en general – vid. p. 132 –).

Con anterioridad a la LCon, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Las deudas de la masa*, cit., p. 158: «es legítimo preguntarse asimismo si en los contratos de tracto sucesivo la prededucción incluye también las prestaciones debidas anteriores a la declaración de la quiebra, o si, por el contrario, comprende únicamente las prestaciones posteriores. Atendiendo a las consideraciones realizadas con anterioridad, la respuesta sólo puede ser la segunda».

<sup>641</sup> Así se explica por ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 41, aunque la teoría es de JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 131, autor que se apoya en doctrina italiana. Recordamos que el sinalagma genético es el referido al momento en que se perfecciona la relación obligatoria, en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia. El sinalagma funcional es significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento (vid. *supra* apartado 3.1 del presente capítulo).

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

sí, permitiendo la satisfacción de las partes a medida que se ejecutan<sup>642</sup>. La autonomía de la que gozan las prestaciones permite justificar un tratamiento distinto de éstas en los supuestos de concurso: como crédito concursal (prestaciones anteriores a la declaración del concurso, a las que se les aplica la solución del artículo 157 TRLCon) o como crédito contra la masa (prestaciones posteriores a la declaración del concurso, a las que les es aplicable el artículo 158 TRLCon<sup>643</sup>)<sup>644</sup>.

Sin embargo, no podemos emplear la misma solución en el caso de que el contrato sea de tracto único: en este tipo de contratos la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un solo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales<sup>645</sup>. En este último caso, esto es si el contrato de tracto único se configura con prestaciones fraccionadas y diferidas, éstas no son susceptibles de un aprovechamiento independiente. Por tanto, el cumplimiento de cada prestación parcial sucesiva no satisface el interés de la contraparte. Teniendo en cuenta lo expuesto, no podemos aplicar a las prestaciones anteriores a la declaración de concurso vencidas e incumplidas por el concursado en un contrato de tracto único la

---

<sup>642</sup> Vid. STS de 21 de marzo de 2012, recurso núm. 272/2009, (RJ 2012\5570) : «En nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo, afirmando la doctrina que tiene tal carácter aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes». Comentan esta doctrina jurisprudencial RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., pp. 289 y 290.

<sup>643</sup> Como establece la SAP Asturias de 28 de junio de 2007, recurso núm. 522/2006, (JUR 2007\319638): «Si los contratos de tracto sucesivo continúan tras la declaración de concurso, los efectos que venzan después serán considerados como créditos contra la masa. A título de ejemplo si se trata de un arrendamiento de local de negocio y pervive, las rentas que perciba el arrendador tras dicha declaración serán crédito contra la masa pero no las ya devengadas».

<sup>644</sup> JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 133. El autor indica que la autonomía de la que gozan las prestaciones permite fundamentar que los efectos de la resolución de los contratos de tracto sucesivo sean puramente *ex nunc*, sin alcanzar las prestaciones efectuadas.

<sup>645</sup> SSTs de 24 de julio de 2013, recurso núm. 2178/2011, (RJ 2013\5204); de 25 de julio de 2013, recurso núm. 168/2012, (RJ 2013\5534); de 18 de noviembre de 2014, recurso núm. 304/2013, (RJ 2014\6752); de 19 de julio de 2016, recurso núm. 590/2014, (RJ 2016\3422).

solución del artículo 157 TRLCon, como defendíamos en los supuestos de tracto sucesivo: las prestaciones fraccionadas en este tipo de contratos no tienen autonomía y corresponden a una obligación única. Por tanto, debe satisfacerse íntegramente el crédito de la parte *in bonis* con cargo a la masa<sup>646</sup>.

### **3.3.3. La interposición de la excepción de contrato no cumplido, de contrato no cumplido regular u oportunamente y de riesgo de incumplimiento en el concurso**

Como hemos destacado, existe una automática declaración de vigencia de los contratos sinalagmáticos pendientes de cumplimiento por ambas partes, no estableciendo nuestro sistema un derecho de opción por parte de la administración concursal con respecto al cumplimiento o resolución de aquéllos. Por tanto, el cumplimiento de estos contratos no constituye una facultad del concurso, sino una auténtica obligación<sup>647</sup>. Así las cosas, mientras que no se produzca la resolución del contrato por interés del concurso – 165 TRLCon –, el concursado (o la administración concursal, si está en régimen de suspensión) está obligado a cumplir lo que hubiese asumido en el contrato. Igualmente, la parte *in bonis* está obligada a realizar las prestaciones a su cargo (esto es algo que se ha precisado en el nuevo artículo 158 TRLCon – concretamente en su último inciso: «*ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas...*» –, pues su antecedente, el artículo 61.2 LCon, únicamente señalaba que las prestaciones del concursado se realizarían con cargo a la masa).

---

<sup>646</sup> Esta es la solución que se aplica en la STS de 18 de noviembre de 2014, recurso núm. 304/2013, (RJ 2014\6752), en un supuesto de contrato de ejecución de obra, en el que la concursada adeudaba facturas por partidas de obra realizadas y certificadas anteriores a la declaración de concurso. El tribunal califica el contrato como de tracto único con prestaciones diferidas, y determina que «*la obra parcialmente ejecutada por el recurrente, como contrato de tracto único, no es susceptible de un aprovechamiento independiente*».

<sup>647</sup> Así se manifiesta por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1144. Sin embargo, VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pp. 701 y ss., parece entender que la Ley ha establecido la regla de la vigencia del contrato como alternativa a la resolución. En contra de lo establecido por este autor, *vid.* ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 89: «*La Ley no configura la vigencia del contrato como una opción para el concursado o la administración concursal, sino que es una decisión del legislador, que solo se podrá excepcionar en los supuestos previstos*».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Con respecto a lo expuesto nos preguntamos, teniendo en cuenta que el contrato está pendiente de ejecución por uno y otro contratante, si podrán utilizarse, una vez declarado el concurso, los medios de protección que le brindan a las partes el sinalagma establecidos en el Derecho de contratos (excepción de contrato no cumplido, excepción de contrato no cumplido regular u oportunamente, excepción de riesgo de incumplimiento).

En primer lugar, refiriéndonos a la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*<sup>648</sup>), el ejercicio de la misma tiene como presupuesto que las obligaciones de ambas partes sean recíprocas y que estén pendientes de cumplimiento<sup>649</sup>. Esta excepción es un mecanismo defensivo de naturaleza estrictamente suspensiva, alegable frente a la acción de cumplimiento de la contraparte, que se funda en la simple reciprocidad<sup>650</sup>. Como ya destacamos precedentemente, el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor el cumplimiento sin que él haya cumplido u ofrezca cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor<sup>651</sup>. Así las cosas, si A exige el cumplimiento de la obligación recíproca a B, sin que haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, B podrá oponerse alegando esta excepción. De este

---

<sup>648</sup> En cuanto a la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), señala O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 72, «El Código Civil no lo regula explícitamente, pero se desprende de los artículos 1100, último párrafo, 1124 y 1308. Lo admite toda la doctrina que ha estudiado monográficamente el tema o lo ha tratado con mayor o menor detalle en sus obras de Derecho de obligaciones. La jurisprudencia, reiteradamente y sin vacilación, ha mantenido la existencia de este efecto de las obligaciones recíprocas; lo ha dicho directamente en algunas sentencias y, las más de las veces, indirectamente al negar que pueda pedir la resolución (y, por tanto, menos podrá pedir el cumplimiento) aquel acreedor cuya respectiva deuda no ha cumplido».

<sup>649</sup> Así se especifica por BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., p. 361: «La eficacia protectora de la *exceptio non adimpleti* despliega toda su fuerza cuando los contratos sinalagmáticos se encuentran pendientes de ejecución, esto es, cuando ninguna de las partes ha cumplido íntegramente lo debido. Y tiene sentido que esto sea así, pues es entonces cuando habrá de evitarse la situación de riesgo: la anticipación de la prestación que pueda dar lugar a un incumplimiento estratégico de quien ya ha visto satisfecho su interés. Cuando una de las partes ha cumplido íntegramente lo acordado ya no podemos hablar ni de situación de pendencia ni, por consiguiente, tiene sentido la protección de la *exceptio*. La parte que ha anticipado la prestación solo dispone frente a su contraparte de un derecho de crédito que ya no se encuentra protegido por el vínculo sinalagmático».

<sup>650</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 694.

<sup>651</sup> *Vid. supra* apartado 2 de este capítulo.

modo, se paralizará la pretensión de cumplimiento hasta que A cumpla o se ofrezca a cumplir<sup>652</sup>.

La excepción de contrato no cumplido regular u oportunamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) es una variante de la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). Cuando una parte ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, la contraparte puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando por tanto los defectos que la prestación presentaba<sup>653</sup>.

Se ha admitido tanto por la doctrina<sup>654</sup> como por la jurisprudencia<sup>655</sup> la aplicación de ambas excepciones en el seno del procedimiento concursal. Ahora bien, en cuanto a la excepción de riesgo de cumplimiento plantea más dudas su admisibilidad en el concurso. Se refiere a la misma el artículo 1467 CC: «*Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se*

---

<sup>652</sup> Como señala BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., p. 360: «*La exceptio actúa como un instrumento de defensa frente a una pretensión injustificada: neutraliza el comportamiento de quien pretende recibir una prestación sin cumplir la que le corresponde para apropiarse de todo el beneficio del intercambio. Asimismo, la exceptio non adimpleti actúa a modo de incentivo negativo del cumplimiento: para exigir a la contraparte que cumpla hay que estar dispuesto a cumplir*».

<sup>653</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 805.

<sup>654</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 702; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1144; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1777; ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 91; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2969; GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 696. Precisamos que parte de la doctrina admite la *exceptio non adimpleti contractus* en general, sin referirse a la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pero debido a que ésta es una variante de aquélla, se entiende que se admiten ambas.

<sup>655</sup> *Vid. ad. ex.* STS de 18 de diciembre de 2012, recurso núm. 1315/2010, (RJ 2013\920). Si bien determina la sentencia que en el caso de autos no cabe oponer la excepción, debido a que su invocación presupone que el contrato esté pendiente de cumplimiento por ambas partes y en este caso solo lo está por una de ellas, establece que no hay obstáculo para que «*frente a la reclamación de inclusión en la lista de acreedores de un crédito contractual, el deudor concursado o la administración concursal puedan oponer la inexistencia del crédito o la aminoración de su importe porque la prestación debida fue realizada inadecuadamente o parcialmente*».



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

*exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido»,* así como el artículo 1129-1º CC: «*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda*». Como establece algún autor<sup>656</sup>, con la expresión «riesgo de incumplimiento» tratan de sintetizarse los elementos caracterizadores de los supuestos de hecho recogidos en los artículos destacados, referidos al deterioro patrimonial sobrevenido de una de las partes que amenaza la satisfacción de la otra.

La doctrina se encuentra dividida entre los que están a favor<sup>657</sup> de la interposición de esta excepción en el seno del concurso y los contrarios a su empleo<sup>658</sup>. Nos mostramos conformes con esta última postura: los preceptos 1129-1º y 1467 CC no son aplicables en caso de concurso, debido a que son contrarios al artículo 158 TRLCon – que determina que la declaración del concurso no afecta a la vigencia del contrato, por

---

<sup>656</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1778.

<sup>657</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 696, señala que la excepción de riesgo de incumplimiento subsiste en caso de declaración de concurso de uno de los contratantes porque «*no está ni expresa ni implícitamente excluida y porque quien puede lo más puede lo menos, esto es, a fortiori de la atribución de la facultad resolutoria*».

<sup>658</sup> En nuestro Derecho anterior, en contra de interponer esta excepción en la quiebra, FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pp. 294 y 295. Una vez vigente la LCon se muestran en contra del empleo de esta excepción en el concurso VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 702; GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2810; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2965. Mantiene una postura intermedia BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1778, el cual, a pesar de reconocer que la excepción de riesgo de incumplimiento implica un grave entorpecimiento para la ejecución del contrato, e incluso en algún caso la imposibilidad de la ejecución del mismo, tiene en cuenta la postura del contratante *in bonis*, «*que falta de esta medida de defensa, cuando la masa activa sea insuficiente, puede verse forzado a ejecutar la prestación que le incumbe con escasas o nulas expectativas de recibir la que le serviría de compensación del sacrificio*», estableciendo que, si bien no cabe aplicar los artículos 1129-1º y 1467 CC bajo los mismos criterios que entre contratantes no declarados insolventes (porque convertiría en inoperante el actual artículo 158 TRLCon), si cabe aplicarlos cuando el riesgo de incumplimiento revista una gravedad cualificada.

Con respecto a lo manifestado por este último autor, sostenemos que si el patrimonio del concursado resulta insuficiente para atender los créditos contra la masa, la única solución es estar a lo dispuesto en el artículo 250 TRLCon: la administración concursal pagará los créditos contra la masa conforme al orden establecido en el precepto, a prorrata dentro de cada número en su caso, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Esto es, dicha situación no faculta a la parte *in bonis* para oponer la excepción de riesgo de incumplimiento, porque ello iría contra el propio TRLCon.

lo que seguirá produciendo los efectos que les son propios, además de que «*ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas*», obligando por tanto a los contratantes a realizar las prestaciones a su cargo tal y como se hubiesen pactado<sup>659</sup> —. No cabe en situación de concurso que la parte *in bonis* considere vencido el plazo pactado a favor del concursado (art. 1129-1º CC) — ello supondría una modificación del momento en el cual tiene que efectuar su obligación —, ni tampoco puede la parte *in bonis* no cumplir con su prestación (art. 1467 CC) — debido a que está obligada a realizar lo que hubiese asumido —<sup>660</sup>. Existe, como vemos, incompatibilidad entre la excepción de riesgo de incumplimiento (régimen general) y el régimen de los efectos del concurso sobre los contratos (régimen especial). Así las cosas, habrá de estar al principio *lex specialis derogat generali* (la ley especial deroga a la ley general)<sup>661</sup>.

---

<sup>659</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1143: «*lo que quiere decir la norma – art. 158 TRLCon – es que la declaración de concurso por sí sola no es suficiente para alterar o modificar el contrato, de manera que las partes seguirán obligadas en los mismos términos en que lo estaban antes de la declaración de concurso*». ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 89: «*La norma de la vigencia del contrato implica que éste habrá de cumplirse en sus propios términos, tal y como se había pactado por las partes*».

<sup>660</sup> Además, destacan MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2964, y GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2810, que la parte *in bonis* no tiene derecho a exigir que el concursado o, en su caso, la administración concursal, preste garantía suficiente del cumplimiento de su prestación, pues principalmente consideran que ya es suficiente «garantía» la consideración de su crédito como contra la masa. Concretamente, indica MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2965, que si bien en el artículo 72.5 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1996 se disponía que «*cuando la continuación de la ejecución del contrato implique riesgo manifiesto y grave para la otra parte, podrá solicitar ésta del Juez la prestación de garantía suficiente para asegurar el cumplimiento*», la LCon no mencionaba dicha posibilidad.

<sup>661</sup> Se refiere a este principio FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., p. 295, cuando explica que a la quiebra viene en aplicación el artículo 883 CCom, el cual desplaza a los artículos 1129-1º y 1467 CC.

#### 4. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO DE *FACTORING*: RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLCOn CON EL CONTRATO

Una vez explicado con detalle el contenido de los artículos 157 y 158 TRLCOn, toca ponerlo en relación con el contrato de *factoring*. Como hemos destacado al principio del capítulo, el contrato de *factoring* genera obligaciones recíprocas. No obstante, hay que concretar cuáles son éstas.

En primer lugar, y debido a que como veremos el contrato de *factoring* puede dar lugar a múltiples obligaciones recíprocas, consideramos necesario especificar que no debemos confundir la causa y finalidad del contrato de *factoring* – que responde a la pregunta «*cur contratix?*» (¿por qué se contrata?), tema ya tratado en este trabajo<sup>662</sup> – con la causa de las obligaciones que existen en el contrato – que responde a la pregunta «*cur debetur?*» (¿por qué se debe?) –<sup>663</sup>. A esta última pregunta responde nuestro CC, en su artículo 1274: en los contratos onerosos – como el de *factoring* – se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte<sup>664</sup>.

---

<sup>662</sup> Vid. *supra* apartado 2 del capítulo quinto.

<sup>663</sup> Sobre la distinción entre causa de la obligación y causa del contrato vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I: Introducción. Teoría del Contrato, 6ª edición, Madrid, 2008, p. 272, autor que señala que debemos tratar de deslindar ambos conceptos: causa de la obligación y causa del contrato o, en general, del negocio jurídico: «*Giorgi observaba agudamente como ambas ideas se encuentran en planos separados y contestan a interrogantes diversos. La causa de la obligación contesta a la pregunta cur debetur, esto es, por qué se debe (causa debendi, causa obligationis). La causa del contrato responde a la pregunta cur contratix, es decir, por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato (causa contractus, causa negotii)*». Asimismo, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., en *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I: Parte general y Derecho de obligaciones, 2ª edición, Barcelona, 1972, pp. 295 y ss., y en *Derecho Civil I*, Volumen II: La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 14ª edición, Barcelona, 1996, pp. 254-262, que dedica un apartado al estudio de la causa en nuestro CC (la cual identifica como causa de la obligación) y otro apartado a la causa del negocio jurídico, o sea, del contrato (vid. especialmente pp. 261 y 262).

<sup>664</sup> Que este artículo se refiere a la causa de la obligación de cada parte contratante se ha señalado por ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I*, cit., p. 254, así como por LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la causa en los contratos», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 4, 1988, p. 1022; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Artículo 1274. Causa en los contratos», AA.VV., *Código Civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández), Volumen III, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 652; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario al artículo 1274 del CC», AA.VV.,

Una vez clarificado lo anterior, y ya introduciéndonos en la labor de concretar las obligaciones recíprocas del contrato que tratamos, es preciso recordar que la finalidad o causa del contrato de *factoring* es la obtención de los servicios de *factoring*, siendo necesaria para la consecución de esos servicios la cesión de créditos por parte del cliente. Es decir, la cesión de créditos es el cauce para la realización de la actividad desarrollada por el factor, esto es, presenta un marcado carácter instrumental. Por tanto, no es una obligación del cliente que simplemente nace o genera el contrato, sino que es requisito para que exista la operativa de *factoring*<sup>665</sup>. Así las cosas, concluimos que la obligación del cliente de ceder los créditos no es recíproca a otra obligación que pudiera existir a cargo del factor, sino que funciona como «negocio medio»<sup>666</sup>.

En el estudio para identificar la reciprocidad entre las prestaciones de las partes que nacen del contrato de *factoring*, partimos de las obligaciones a cargo del factor para determinar cuáles obligaciones del cliente-cedente son equivalentes de aquéllas. Como destacamos en su momento<sup>667</sup>, las obligaciones del factor son tres: la de gestión, la de anticipo y la de asunción del riesgo de insolvencia:

- a) Obligación de gestión: La obligación de gestión de los créditos cedidos que realiza la sociedad de *factoring* es recíproca de la obligación del cliente de pagar la comisión de *factoring*<sup>668</sup>. Es decir, el factor realiza el servicio de gestión porque a cambio, como contrapartida, recibe la comisión de *factoring*.

---

*Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 1733.

<sup>665</sup> Ya establecimos en la parte primera de este trabajo, concretamente en el apartado 3 del capítulo primero, que la cesión de créditos es el elemento vertebrador del contrato de *factoring*. Sobre el carácter instrumental de la cesión, *vid. supra* apartado 2.2 del capítulo cuarto, donde determinábamos que «la cesión de créditos, por más que sea un elemento indispensable para la existencia de este contrato, es un simple instrumento para posibilitar la prestación de estos servicios».

<sup>666</sup> Tal y como expusimos en nota núm. 179, la expresión «negocio-medio» para referirse a la cesión la usa ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, cit., p. 80.

<sup>667</sup> *Vid. supra* apartado 3 del capítulo cuarto.

<sup>668</sup> Así también lo entienden MONTSERRAT VALERO, A., TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (2)», cit., p. 451, si bien estos autores cuestionan que la obligación de gestión exista en *factoring* sin regreso o propio (p. 462).

Recordemos que si existe anticipo, la comisión suele liquidarse detrayéndose del importe del crédito anticipado<sup>669</sup>.

- b) Obligación de anticipar el importe de los créditos cedidos: Esta obligación del factor es recíproca de la obligación del cliente-cedente de asunción del impago del deudor cedido (toda clase de impago en caso de *factoring* con regreso/el impago voluntario – es decir, el que no sea por causa de insolvencia – en el *factoring* sin regreso<sup>670</sup>).

Sostenemos que el factor anticipa el importe del crédito cedido porque el cliente se compromete a restituir su importe nominal si el deudor cedido impaga (insistimos, en el caso del *factoring* sin regreso sólo si el impago se produce por causa ajena a la insolvencia del deudor cedido), existiendo entre esta obligación del cliente y la obligación de anticipo del factor una relación de interdependencia<sup>671</sup>. Y lo consideramos así porque, no obstante el anticipo genere la carga para el cliente de pagar intereses, en realidad lo que busca el

---

<sup>669</sup> Sobre este tema, *vid. supra* apartado 2.6 del capítulo cuarto.

<sup>670</sup> Sobre la responsabilidad del cliente-cedente por el impago del deudor cedido en el *factoring* con regreso y en el *factoring* sin regreso, *vid. supra* apartado 2.4 del capítulo cuarto.

<sup>671</sup> Esta tesis es la defendida por MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, p. 839 (específicamente nota núm. 57): «la obligación de garantía del descontatario, derivada de la cláusula salvo buen fin, mantiene una relación de reciprocidad con el anticipo del crédito por el banco, a pesar de que la forma natural de reintegro viene dada por el cobro del crédito cedido». No obstante el autor se refiera al contrato de descuento, su teoría es extrapolable al caso del contrato de *factoring* con regreso (y del *factoring* sin regreso, en el sentido que se ha expuesto en el texto). En parecido sentido al autor destacado, *vid.* BAÑULS GÓMEZ, F.A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, p. 198.

Mantienen una postura diversa MONTSERRAT VALERO, A., TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (2)», *cit.*, p. 450, estableciendo soluciones distintas para el *factoring* sin regreso y con regreso. Con respecto a este último, determinan que «la obligación recíproca de la de realizar el anticipo es la obligación de la sociedad cliente de pagar intereses». Parece que lo consideran así porque identifican el *factoring* con regreso como un préstamo, entendiendo que el anticipo se hace en ese concepto. En el caso del *factoring* sin regreso, los autores destacados lo identifican con la compraventa, por lo que determinan que la obligación del factor de otorgar el anticipo (el cual definen como precio) es recíproca a la de ceder créditos del cliente. Con respecto al descuento, *vid.* GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, *cit.*, p. 585 (específicamente, nota núm. 215), que determina que la transmisión del crédito descontado representa la contraprestación del anticipo concedido por el banco, junto con el *interessurium* y la promesa de restitución del cliente.

factor al realizar esta prestación es asegurar su posición, sin que ésta se debilite si finalmente resulta impagado el crédito.

- c) Obligación de asunción del riesgo de insolvencia de los deudores: Como hemos ya expuesto, la sociedad de *factoring* solo asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos en la tipología de *factoring* propio o sin regreso. Esta obligación mantiene una relación de reciprocidad con el pago, por parte del cliente cedente, de la comisión de *factoring*. Recordemos que ésta remunera tanto el servicio de gestión como, en su caso, la asunción del riesgo de insolvencia de los deudores cedidos, siendo su cuantía más elevada si se presta este servicio<sup>672</sup>.

En el supuesto de *factoring* sin regreso, el factor asume la responsabilidad de la solvencia del deudor cedido porque tras realizar un estudio minucioso llega a la conclusión de que es difícil que aquél se declare en concurso de acreedores. Una vez comprobado por la sociedad de *factoring* el riesgo que le supone prestar este servicio, la causa por la que se obliga es que obtiene un importe de comisión de *factoring* más alto que si no realizase esta prestación, entendiéndose dicha comisión incrementada como contravalor o contrapartida.

Como vemos, en el contrato de *factoring* existen tres relaciones obligatorias sinalagmáticas; que tengan lugar algunas o todas ellas depende de la modalidad de contrato en la que nos encontremos (*factoring* en comisión de cobranza/*factoring* sin regreso/*factoring* con regreso). La variedad de prestaciones recíprocas provoca que resulte más complicado determinar cuáles están pendientes de cumplimiento al declararse el concurso del cliente-cedente<sup>673</sup>. Teniéndose en cuenta que el contrato es de

---

<sup>672</sup> Vid. *supra* apartado 2.6 del capítulo cuarto.

<sup>673</sup> Algunos autores que han tratado este tema sostienen que en el concurso del cliente-cedente al contrato de *factoring* se le aplica el régimen del artículo 158 TRLCon, cuando, bajo nuestro juicio, no siempre es así, pues depende de cómo se haya configurado el contrato y del momento en que se encuentre una vez declarado el concurso. Que al contrato de *factoring* se le aplica el régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes una vez declarado el concurso ha sido defendido por MONTSERRAT VALERO, A., TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (2)», cit., p. 452; LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., pp. 79 y ss., e indirectamente por FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial*

tracto sucesivo, y que por tanto puede encontrarse en distintos momentos a la hora de declararse el concurso del cliente-cedente, distinguimos los siguientes supuestos<sup>674</sup>:

- a) El factor ha realizado todos los anticipos posibles (*factoring* sin regreso/*factoring* con regreso).

Si a fecha de la declaración del concurso la sociedad de *factoring* ha realizado todos los anticipos posibles (esto es, se ha agotado el límite o los límites establecidos en el contrato<sup>675</sup>), pero los créditos anticipados están pendientes de vencimiento, el factor habrá cumplido de forma íntegra con su obligación de anticipo, quedando pendiente por parte del cliente la obligación recíproca de restituir el importe nominal de los créditos en caso de impago del deudor cedido, conforme a los términos que hemos explicado más arriba. Esta obligación del cliente-cedente tiene el carácter de condicional, pues su eficacia depende de un hecho futuro o incierto (concretamente es una obligación con

---

*referencia a los contratos bancarios y de financiación*, cit., p. 285, al determinar que se le aplica el régimen regulado actualmente por los artículos 160 a 164 TRLCon. Sin ser exhaustivo, ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», cit., pp. 256 y 257.

<sup>674</sup> El profesor MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., p. 839, distingue con respecto al contrato de «línea de descuento» dos situaciones que pueden producirse una vez declarado el concurso del descontatario: que la declaración del concurso sobrevenga habiéndose agotado el límite de descuento pactado en contrato, aplicando a este supuesto el régimen del artículo 157 TRLCon, y que la declaración de concurso se produzca no habiéndose agotado el respectivo límite, aplicando en este caso el régimen del artículo 158 TRLCon. Sin embargo, como veremos a continuación, en el contrato de *factoring* la situación es más compleja.

<sup>675</sup> Nos referimos al límite individual de cada deudor cedido y al límite máximo global del contrato. Sobre dichos límites *vid. supra* apartado 3.2 del capítulo cuarto. Asimismo, *vid.* el contrato de *factoring* de BBVA, cláusula cuarta, en el cual se establece un límite rotativo individual para cada deudor, determinándose lo siguiente: «Considerando la suma de los créditos cedidos que se encuentren pendientes de cobro contra un determinado deudor, entre los deudores clasificados previamente por el Factor, no estará obligado el Factor a abonar cantidad alguna por encima de la cantidad máxima que como límite rotativo se le haya asignado a ese deudor en las condiciones particulares, que actuará como límite individual para cada deudor».

Tal y como establece MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., p. 839, es cierto que el pago de los créditos por los deudores cedidos podría rehabilitar la disponibilidad en un momento posterior. Pero, mientras no se produzca ese hecho, la carga obligatoria pendiente de cumplimiento es del cliente, refiriéndose a su obligación de restitución. No obstante, se establece en la misma cláusula cuarta del contrato de BBVA referido, a su vez, un límite máximo de la cuantía del contrato, que se contabiliza considerando la suma de todos los créditos cedidos, pendientes o no de cobro.

condición suspensiva – arts. 1113 y 1114 CC –)<sup>676</sup>. Aunque sea una obligación bajo condición suspensiva, ésta existe desde el momento de celebración del negocio constitutivo<sup>677</sup>.

Al no haberse producido, una vez declarado el concurso, el vencimiento de los créditos que han sido anticipados, la sociedad de *factoring* tendrá pendiente la obligación de gestión con respecto a ellos. Hemos determinado que dicha prestación abarca el desempeño por parte del factor de todas las operaciones relacionadas con el cobro del crédito (requerimiento a los deudores, control y seguimiento de los créditos cedidos, notificación al cliente-cedente de cualquier problema que pudiera surgir con respecto al cobro...) así como su contabilización. Si estos créditos cedidos no han vencido, resulta claro que el factor no ha cumplido íntegramente esta obligación a su cargo. Tal y como hemos especificado precedentemente, la obligación de gestión es recíproca a la obligación del cliente de pagar la comisión de *factoring*. Si esta comisión se ha liquidado detrayéndose del importe del crédito anticipado al cliente (como suele ser lo habitual<sup>678</sup>), podemos afirmar que esta obligación recíproca del cliente cedente ha sido íntegramente cumplida, pues si se han anticipado todos los créditos posibles quiere decir que se ha cobrado toda la cantidad referente a las comisiones de *factoring*.

Por último, si aún no han vencido los créditos anticipados por la sociedad de *factoring*, ésta tendrá como prestación pendiente la asunción del riesgo de

---

<sup>676</sup> Sobre las obligaciones condicionales en general señala DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 393: «El artículo 1113 considera como obligaciones condicionales todas aquellas cuyo cumplimiento o efectividad se haga depender de un suceso futuro o incierto o de un suceso pretérito de los interesados». Sobre las obligaciones con condición suspensiva, el autor destaca: «En términos generales, las condiciones se llaman suspensivas cuando se ponen con el intento de suspender la eficacia de la obligación (cfr. art. 1122) y de suspender la adquisición de los derechos» (p. 404).

<sup>677</sup> Así se destaca por O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 83, el cual señala que en la fase de pendencia de la condición suspensiva («*conditio pendet*») las partes están vinculadas. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 409: «La relación obligatoria condicional existe desde el momento de la celebración del negocio constitutivo».

<sup>678</sup> Vid. *supra* apartado 2.6 del capítulo cuarto.



insolvencia, siempre y cuando se trate de un *factoring* sin regreso y se cumplan los requisitos establecidos para ello en el contrato<sup>679</sup>. Esta prestación del factor es recíproca de la obligación del cliente de satisfacer la comisión de *factoring*, que tal y como se ha expuesto, siguiendo el *modus* habitual, se habrá abonado mediante la oportuna detracción en el importe del crédito anticipado por parte del factor al cliente, por lo que estaría cumplida.

En conclusión, en este supuesto, si el *factoring* fuese con regreso, quedaría pendiente de cumplimiento por parte del cliente la obligación de restitución en caso de impago del deudor cedido; y por parte del factor quedaría pendiente la prestación de gestión de cobro. Lo mismo se aplicaría si el *factoring* fuera sin regreso, sólo que la obligación de restitución del cliente se produciría únicamente en el supuesto de impago voluntario por parte del deudor cedido; además de que el factor, aparte de la gestión de cobro, también tendría pendiente la obligación de la asunción del riesgo de insolvencia.

Dilucidado lo anterior, si declarado el concurso del cliente-cedente el contrato de *factoring* se encontrase en esta situación, no podríamos aplicarle el artículo 157 TRLCon, pues requiere que una de las partes haya realizado íntegramente sus obligaciones recíprocas<sup>680</sup>, requisito que no se cumple en ninguna de las dos modalidades de *factoring* expuestas. Tal y como expusimos en el apartado referente a la explicación del contenido del artículo 157 TRLCon<sup>681</sup>, el supuesto que encaja en este precepto es aquél en el que una de las partes ha cumplido íntegramente todas las obligaciones recíprocas a su cargo y la otra tenga las suyas pendientes de cumplimiento.

---

<sup>679</sup> Vid. *supra* apartado 3.3 del capítulo cuarto.

<sup>680</sup> Que el artículo 157 TRLCon requiere que una de las partes hubiere cumplido íntegramente sus obligaciones se entiende claramente de la lectura del precepto: «En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso». Sobre el tema, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1129.

<sup>681</sup> Vid. *supra* apartado 3.2.1 de este capítulo séptimo.

En cuanto a la supuesta aplicación del artículo 158 TRLCCon a este caso, recordemos que éste requiere que existan en el contrato «*obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte*». En este caso, en ambas modalidades de *factoring* existen obligaciones pendientes a cargo de las dos partes, pero éstas no son recíprocas entre sí (por ejemplo, la obligación de restitución pendiente de cumplimiento por parte del cliente no es recíproca a la obligación de gestión pendiente de cumplimiento por parte factor)<sup>682</sup>. Es decir, nos encontramos ante un supuesto en el que entre las prestaciones pendientes de cumplimiento por una parte y las pendientes de cumplimiento de la otra no existe una relación de interdependencia. Tal y como establece algún autor<sup>683</sup>, de la lectura del artículo 158 TRLCCon se infiere la necesidad de que el contrato esté pendiente de cumplimiento por ambas partes, pero en cuanto a las obligaciones que son recíprocas.

Así las cosas, debido a que no es aplicable ni el artículo 157 ni el artículo 158 TRLCCon, consideramos que debe aplicarse el régimen general del TRLCCon: los derechos de crédito del concursado frente a la contraparte integrarán la masa activa (art. 192.1 TRLCCon); y los derechos de crédito de la parte *in bonis* contra el concursado integrarán la masa pasiva, satisfaciéndose por tanto en el concurso

---

<sup>682</sup> Reproducimos las palabras de RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «La reciprocidad caracterizadora del crédito contra la masa del art. 61.2 LC según el Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, p. 66: «*Aun existiendo obligaciones pendientes para las dos partes, si no son recíprocas, no podría el contrato considerarse incluido en la previsión del art. 61.2 LC – actualmente, art. 158 TRLCCon –, con la grave consecuencia de que entonces las obligaciones del deudor concursado no se considerarán créditos contra la masa titularidad del otro contratante*». Asimismo, el autor recalca que «*sólo si hay reciprocidad en obligaciones pendientes al declararse el concurso, es decir, la posición de acreedor y deudor derivada de un mismo contrato de dichas partes, que aún se deben y son acreedoras de prestaciones directamente relacionadas, interdependientes, puede aplicarse la previsión de los arts. 61.2 y 84.2.6º LC – arts. 158 y 242.9º TRLCCon – y obligar a la masa del deudor concursado a atender las prestaciones del acreedor que, a su vez, habrá de cumplir las prestaciones debidas y relacionadas con tal pago al deudor concursado*» (p. 67).

<sup>683</sup> ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 87 (si bien refiriéndose al artículo 61.2 LCon, sustituido por el artículo 158 TRLCCon, precepto este último que en la actualidad contiene el régimen de aquél): «*De la lectura del enunciado del artículo se infiere la necesidad de la concurrencia de dos requisitos: 1) el carácter recíproco de las obligaciones y 2) que el contrato esté pendiente de cumplimiento por ambas partes, precisamente en cuanto a esas obligaciones que pueden ser calificadas como recíprocas*».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

(art. 251.1 TRLCon)<sup>684</sup>. Así, en cuanto a las obligaciones pendientes del factor (obligación de gestión y, además, en caso de *factoring* sin regreso, obligación de asunción del riesgo de insolvencia del deudor cedido), éste deberá cumplirlas, teniendo el concursado, con la intervención de la administración concursal, o esta última en caso de suspensión, la acción del artículo 1124 CC. En cuanto a la prestación pendiente por parte del cliente-cedente-concursado (obligación de restitución), al ser una obligación bajo condición suspensiva, ésta se integrará en la masa pasiva como crédito contingente ordinario (art. 261.3 TRLCon)<sup>685</sup>.

---

<sup>684</sup> Establece esta solución MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1129, si bien, la autora se refiere a la hipótesis en la que uno de los contratantes tuviese pendientes prestaciones principales y la contraparte tuviese pendiente una prestación accesoria. Específicamente, la autora determina que «habrá que dilucidar si entre dicha prestación accesoria y las prestaciones de la otra parte, que todavía están pendientes, existe o no reciprocidad. Si existe tal reciprocidad, será aplicable el régimen del apartado segundo – se refiere al derogado art. 61.2 LCon, ahora art. 158 TRLCon –, en cuyo caso las obligaciones pendientes del concursado deberán satisfacerse con cargo a la masa y podrá hacerse uso de la resolución en interés del concurso. En cambio, si no hay reciprocidad, se aplicará el apartado primero – refiriéndose al art. 61.1 LCon, sustituido por el art. 157 TRLCon – lo que supone que las obligaciones pendientes del concursado se satisfarán en el concurso (...) Por su parte, el derecho de crédito del concursado frente a la contraparte, integrará, en principio, la masa activa». Sin embargo, con posterioridad, se determinó por el Tribunal Supremo que la reciprocidad requiere que las prestaciones de ambas partes tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual que se trate pues «dificilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria y secundaria» – vid. SSTS de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568); de 12 de noviembre de 2014, recurso núm. 761/2013, (RJ 2014\5905); de 29 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3159), entre otras –. Si bien la autora determina que si no hay reciprocidad entre las prestaciones pendientes de cumplimiento «se aplicará el apartado primero – esto es, el art. 61.1 LCon, reemplazado por el art. 157 TRLCon –, seguimos la línea de la tesis defendida en este trabajo, entendiendo que el artículo 157 TRLCon sólo es aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas ya cumplidas íntegramente por una de las partes, aunque dicho precepto recoja la regla general del TRLCon (sobre el tema, vid. *supra* apartado 3.2.2 de este capítulo).

<sup>685</sup> Con relación a lo expuesto, vid. STS de 26 de mayo de 2014, recurso núm. 1696/2012, (RJ 2014\2831), que trata sobre un contrato de descuento. Determina el Tribunal Supremo que el hecho de que el crédito se ceda «salvo buen fin» impide atribuirle la eficacia extintiva de la deuda que sería propia de un pago o de una dación *pro soluto*. Explica el Tribunal que, a consecuencia de ello, el cedente sigue siendo deudor del cesionario en tanto que no se produzca la satisfacción del crédito cedido. Concluye que el derecho del banco a recuperar el importe del crédito que anticipó a su cliente existe desde que la entrega tuvo lugar, pero no es exigible hasta que haya resultado insatisfecho el crédito cedido: «Por ello, Caixabank S.A. actuó conforme a los artículos 21 y 85 de la Ley 22/2003 – los cuales corresponden a los arts. 28.1.5º y 255 TRLCon –, cuando, al ser declarado el concurso de Infraestructura, Construcción y Planeamiento S.L., comunicó a la administración concursal su crédito contra la concursada, nacido del descuento. Ciertamente, la exigibilidad de la correlativa deuda dependía del previo incumplimiento del deudor cedido, por lo que la administración concursal debería haberlo calificado como contingente, al estar suspensivamente condicionado a un supuesto negativo». Se refiere a esta sentencia MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., p. 859: «El crédito del banco descontante es contingente si todavía no está vencido y en este sentido hay que interpretar la jurisprudencia citada».

- b) El factor aún no ha realizado todos los anticipos posibles (*factoring* sin regreso/*factoring* con regreso):

Nos referimos al caso en el que, declarado el concurso, el factor aún no haya cumplido de forma íntegra con su obligación de anticipar por no haberse agotado el límite o los límites establecidos en el contrato<sup>686</sup>. En este supuesto, la sociedad de *factoring* tiene pendiente su obligación de anticipo, y el cliente-cedente su obligación recíproca de restitución, por lo menos con respecto a los créditos no anticipados todavía. Debido a que el anticipo del crédito se debe solicitar obviamente antes de su vencimiento, también estarán pendiente de cumplimiento por parte del factor las obligaciones de gestión y de asunción del riesgo de insolvencia (esta última sólo en el caso del *factoring* sin regreso), y por parte del cliente el pago de la comisión de *factoring*<sup>687</sup>, todas ellas con respecto a los créditos aún no anticipados.

Existen por tanto, obligaciones pendientes a cargo de ambas partes, que además son recíprocas. Por tanto, es aplicable el artículo 158 TRLCon: *«La declaración del concurso, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las*

---

Sobre los créditos contingentes, *vid.* BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Artículo 87. Supuestos especiales de reconocimiento», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 1566: *«En el apartado tercero, la Ley regula la eficacia del reconocimiento de los créditos sometidos a condición suspensiva. Puesto que la existencia de estos créditos no es segura, la Ley los califica como “créditos contingentes”»*.

<sup>686</sup> En ocasiones, para poder solicitar el anticipo se exige por el factor la entrega de las facturas correspondientes o de las hojas de remesa de los créditos, lo que significa que si el crédito aún no ha nacido no puede anticiparse (*vid.* cláusula segunda 7.4 del contrato de *factoring* LA CAIXA: *«Recibida la remesa y admitidos los créditos por LA CAIXA, podrá esta efectuar pagos parciales – esto es, anticipos – hasta el porcentaje máximo indicado en el Anexo de aprobación del deudor»*. Sobre la «hoja de remesa e identificación de créditos», *vid. supra* apartado 2.2 del capítulo tercero. En el mismo sentido, *vid.* cláusula 4.3 del contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, que establece como requisito previo a la realización del pago anticipado que se adjunten los *«documentos acreditativos de los créditos»* (lo que pudiera ser una factura).

<sup>687</sup> Tal y como establecimos en el apartado 2.6 del capítulo cuarto, lo más habitual es que la comisión se aplique sobre cada crédito cedido.

*prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado».*

Así las cosas, tanto la parte *in bonis* como el concursado tienen que seguir cumpliendo lo que el contrato dispone. La más importante consecuencia que conlleva la aplicación del artículo 158 TRLCon es que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se satisfarán con cargo a la masa. Por tanto, si una vez declarado el concurso, se solicita el anticipo de un crédito por parte del concursado, con la intervención de la administración concursal, o esta última en caso de suspensión, y al momento de su vencimiento no es satisfecho por el deudor cedido, la obligación del cliente-cedente de restituir el importe nominal del crédito será un crédito del factor contra la masa (recordemos que en el caso de *factoring* sin regreso únicamente se podrá exigir la obligación de restitución al cliente en caso de impago voluntario del deudor)<sup>688</sup>. En cuanto a la comisión de *factoring*, ésta es una prestación a la que está obligado el concursado, y por tanto, se realizará con cargo a la masa. No obstante, normalmente su cobro por el factor se produce mediante detracción en el importe del crédito anticipado, determinándose en los contratos la percepción del anticipo como el momento en el que se satisface dicha comisión<sup>689</sup>. Este *modus* continuará vigente el concurso, siendo posible esta liquidación. Al ser la comisión de *factoring* un crédito contra

---

<sup>688</sup> Dentro de este escenario «b» que tratamos, en el caso de que el anticipo se produzca antes de la declaración de concurso, pero el vencimiento del crédito cedido se produzca con posterioridad a dicha declaración, resultando el mismo impagado por el deudor cedido, la obligación de restitución del cliente, vencida y exigible en el momento en que el deudor cedido incumple (esto es, tras la declaración del concurso), será también un crédito del factor contra la masa, pero por aplicación del artículo 242.9º TRLCon: «*Son créditos contra la masa: 9º. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...*».

<sup>689</sup> *Vid. supra* apartado 2.6 del capítulo cuarto. Asimismo, *vid. ad. ex.* cláusula duodécima del contrato de *factoring* BBVA: «*El Factor, a petición del cliente, abonará en la cuenta bancaria de éste, el precio (esto es el anticipo) de los créditos adquiridos, dentro de los dos días hábiles siguientes a la recepción de la petición, abonando el importe correspondiente sobre el nominal de los créditos cedidos*», estableciéndose en la cláusula tercera que «*el precio (el anticipo) es el importe del nominal cedido menos la remuneración que le corresponde recibir al Factor por todos los conceptos previstos en este contrato, es decir, el importe nominal de los créditos cedidos menos: a) las comisiones pactadas, reflejadas en las condiciones particulares (...)*», determinándose en dichas condiciones particulares la comisión de *factoring* (0,10%) y la comisión de apertura (0%).

la masa, no les son aplicables los efectos sobre los créditos que prevé el TRLCon en su Título III del Libro Primero (arts. 152 a 155): los créditos contra la masa pueden compensarse con los créditos del concursado<sup>690</sup>. No obstante, como ha especificado el Tribunal Supremo<sup>691</sup>, realmente en este caso no estamos ante una compensación propiamente dicha, sino ante un mecanismo de liquidación del contrato. En estos supuestos, el Alto Tribunal ya especificó estando vigente la LCon que, incluso en el caso de que se tratase de una relación contractual de la que surgiesen créditos de carácter concursal, no era aplicable el ya derogado artículo 58 LCon, puesto que no trata este supuesto de una compensación en sentido estricto, esto es, de la existencia de dos deudas recíprocas dimanantes de diferentes relaciones crediticias que se extinguen en la parte concurrente, sino de un mecanismo de liquidación en un único contrato bilateral<sup>692</sup>. La doctrina jurisprudencial en este sentido ha dado lugar a la introducción de una nueva excepción en el apartado segundo del artículo 153 TRLCon, el cual sustituye al artículo 58 LCon: *«Declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, a excepción de aquellos que procedan de la misma relación jurídica. Queda a salvo lo establecido en las normas de derecho internacional privado»*. Tal y como se destacó en el Dictamen del Consejo de Estado del Proyecto de

---

<sup>690</sup> DÍAZ MORENO, A., «La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa», cit., p. 347: *«A los créditos contra la masa no les afecta la prohibición de compensación (cfr. art. 58 LCon)»*. Vid. también STS 13 de marzo de 2017, recurso núm. 1632/2014, (RJ 2017\689): *«La pretensión de aplicar, siquiera analógicamente, el art. 58 de la Ley Concursal a los créditos contra la masa no puede ser estimada. Justamente por no tratarse de créditos concursales, no son aplicables los efectos que respecto de tales créditos prevé la sección tercera del capítulo segundo del título tercero de la Ley Concursal, arts. 58 a 60»*.

<sup>691</sup> SSTs de 13 de marzo de 2017, recurso núm. 1632/2014, (RJ 2017\689); de 20 de julio de 2017, recurso núm. 1440/2014, (RJ 2017\3378); de 17 de octubre de 2018, recurso núm. 3099/2015, (RJ 2018\4607); de 17 de julio de 2019, recurso núm. 713/2016, (RJ 2019\2837).

<sup>692</sup> Vid. Fundamento de Derecho tercero de la STS de 20 de julio de 2017, destacada en nota anterior: *«Se está ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. (...) Hemos declarado que en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de una relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones, propiamente dichas, a las que sea aplicable el artículo 58»*.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

TRLCon<sup>693</sup>, esta precisión relativa a los créditos y deudas de una misma relación jurídica no supone la introducción de una verdadera excepción a la prohibición de compensación (que sería *ultra vires*), dado que en esos casos, y como se ha expuesto, no existe una compensación en sentido estricto<sup>694</sup>.

Aparte de estos supuestos relacionados con los distintos momentos en que pueda encontrarse el contrato a la hora de declararse el concurso del cliente-cedente, es necesario también diferenciar dos supuestos específicos, referidos a dos modalidades de *factoring* concretas:

c) *Factoring* en comisión de cobranza:

En el supuesto en que se haya pactado un *factoring* en comisión de cobranza, el factor sólo tendrá que realizar una prestación: la gestión de los créditos cedidos. Si se declara el concurso del cliente-cedente y existe un contrato de *factoring* en comisión de cobranza en vigor, en el que el cliente ha cedido determinados créditos al factor con el objeto de que éste pueda realizar la comisión de cobro, con respecto a los créditos que están pendientes de vencimiento aún no habrá cumplido la sociedad de *factoring* con su obligación de gestión, ni el cliente con su recíproca, que consiste en el pago de la comisión de *factoring*. Con respecto a esta obligación del cliente, tal y como hemos

---

<sup>693</sup> Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (núm. de expediente: 1127/2019, JUSTICIA, fecha de aprobación: 26 de marzo de 2020), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127> – fecha de consulta 10 de diciembre de 2020 – (*vid.* punto 4 del apartado «C» de la consideración séptima).

<sup>694</sup> Se manifiesta en contra de lo expresado el profesor RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Refundición y refundación del Derecho concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, pp. 231 y 232, considerando que en este punto existe un exceso del TRLCon: «*Tal excepción ha sido reclamada en numerosas ocasiones por doctrina y jurisprudencia, pero ni está reconocida en modo alguno en la Ley Concursal, ni, conviene recordarlo, doctrina o jurisprudencia son fuentes formales del Derecho. Es verdad que se suele defender que la compensación de obligaciones conexas o de créditos ex eadem causa debe admitirse en el concurso excluyéndola de la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley Concursal. Pero tal posibilidad está ausente de la Ley y no se compadece ni con el fundamento de la prohibición (no alterar la par conditio creditorum ni el orden legal de pago de los créditos) ni con la naturaleza de la institución afectada.*».

señalado en este trabajo<sup>695</sup>, el abono de la comisión suele producirse mediante el oportuno descuento en la cuantía que se anticipa por la entidad de *factoring* al cliente: si no existe anticipo – como en este caso – normalmente se establece en los contratos que la comisión se liquide cuando el factor cobre los créditos cedidos, detrayéndola de dicho importe antes de transmitírselo al cliente-cedente.

Así las cosas, existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, por lo que se aplicaría el artículo 158 TRLCon. Ello conlleva que la obligación del cliente-cedente de pagar la comisión de *factoring* se realizará con cargo a la masa; pudiendo efectuarse su cobro por el factor mediante la detracción apenas explicada, por los motivos ya expuestos en el apartado «b» inmediatamente anterior.

Cabe señalar, teniendo en cuenta que el *factoring* en comisión de cobranza no suele darse de forma independiente, sino que en la práctica aparece junto con la modalidad de *factoring* sin regreso o con regreso<sup>696</sup>, que en el caso de que en una de esas modalidades existan créditos cedidos en comisión de cobranza pendientes de vencimiento y nos encontremos en el supuesto «a» (el factor ha realizado todos los anticipos posibles) – explicado precedentemente – podría entenderse que ello conllevaría a la aplicación de esta solución, pues existirían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que justificasen la aplicación del artículo 158 TRLCon al contrato (la de gestión de estos créditos cedidos en comisión de cobranza y la de los correspondientes pagos de la comisión de *factoring*). La importante consecuencia que se inferiría de este supuesto es que la obligación de restitución pendiente de cumplimiento por parte del cliente con respecto a los créditos aún no vencidos que han sido anticipados no se integraría en la masa pasiva como crédito contingente ordinario, tal y

---

<sup>695</sup> Vid. *supra* apartado 2.6 del capítulo cuarto.

<sup>696</sup> Vid. *supra* apartado 3 del capítulo quinto, en el que señalábamos que el *factoring* en el que sólo se presta la función de gestión de los créditos no suele darse de forma independiente, sino que en la práctica aparece junto con la modalidad de *factoring* sin regreso o con regreso para los créditos que no cumplan los presupuestos establecidos en el contrato.



como hemos expuesto en el apartado «a», sino que sería un crédito del factor contra la masa, si se produjese el impago del deudor cedido<sup>697</sup>, en aplicación del artículo 242.9º TRLCon: «*Son créditos contra la masa: 9º. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...*»<sup>698</sup>.

- d) *Factoring* coligado a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria:

Como ya dijimos en su momento<sup>699</sup>, el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente se puede utilizar para facilitar el desenvolvimiento del *factoring*, en concreto para simplificar el servicio de financiación. Por ello, esta opción de contratos conexiónados sólo puede realizarse en las modalidades «sin regreso» y «con regreso», pues son las únicas que posibilitan la anticipación de los créditos cedidos al factor. En este tipo de *factoring* el cliente no tiene que estar pendiente de solicitar anticipos, sino que puede disponer del crédito concedido hasta el límite fijado, límite que vendrá determinado por la cartera de créditos cedida y los márgenes pactados en el contrato. En definitiva, el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente cumple una función instrumental respecto del *factoring*.

En este caso existe especial dificultad en determinar cuáles prestaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento al declararse el concurso del

---

<sup>697</sup> Recordemos que la obligación de restitución del cliente-cedente es una obligación bajo condición suspensiva, dependiendo la exigibilidad de la misma del previo incumplimiento del deudor cedido.

<sup>698</sup> En relación con lo expuesto, refiriéndose al artículo 84.2.6º LCon, sustituido por el artículo 242.9º TRLCon, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., «Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», *cit.*, p. 1519: «*La Ley contempla – en realidad, reitera – varios supuestos de créditos contra la masa relacionados con contratos realizados por el deudor antes del concurso que en el momento de su apertura tengan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las dos partes, en los que se pone de manifiesto una importante tutela de la contraparte del concursado.(...) El contrato concluido por el deudor – más tarde concursado – se convierte en un contrato de la masa, que deberá ser cumplido ordinariamente durante el concurso tanto por el deudor, con cargo a la masa, como por la contraparte*».

<sup>699</sup> *Vid. supra* apartado 6 del capítulo quinto.

cliente-cedente: aunque el negocio que se celebra entre las partes es un contrato de *factoring*, está coligado a un contrato de apertura de crédito, lo cual podría implicar que en cuanto a la ejecución de las obligaciones de cada una de las partes se siguiese una operativa distinta a la del contrato de *factoring* ordinario. Así, en cuanto al anticipo, podemos considerar, teniendo en cuenta el funcionamiento del contrato de apertura de crédito, que si el cliente-cedente ha dispuesto de todas las cantidades, agotando el crédito concedido, el factor habrá cumplido con su obligación de anticipo. De lo contrario, si aún le quedan al cliente cantidades pendientes de disponer (esto es, si aun no ha agotado la totalidad del crédito concedido), el factor no habrá cumplido todavía de forma íntegra con su obligación de anticipo. Lo entendemos así porque el contrato de apertura de crédito se divide en dos fases: la fase de pura disponibilidad y la fase de disposición efectiva, siendo esta última aquella que corresponde con el momento en el que se ha hecho uso de las cantidades por parte del acreditado, es decir, con el momento en el que el acreditante realiza la entrega material de fondos – en este caso, la entrega del anticipo –. No podemos considerar que la entidad de *factoring* ha cumplido con la obligación de anticipar los créditos que le han sido cedidos en la parte inicial del contrato, pues ello se identifica con la fase de pura disponibilidad, en la que el acreditado aún no ha hecho uso del crédito concedido, esto es, aún no ha obtenido ninguna cantidad referente a anticipos de los créditos cedidos<sup>700</sup>.

También existen problemas con respecto a la comisión de *factoring*: la cuenta corriente bancaria que acompaña a la apertura de crédito es el mecanismo contable en el que se articulan los distintos movimientos de las partes. Ello

---

<sup>700</sup> Sobre las fases de pura disponibilidad y disposición efectiva, *vid.* GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., pp. 204-208, el cual explica que antes de hacer uso el acreditado del crédito abierto (fase de pura disponibilidad), «el Banco asume la obligación de hacer honor a las órdenes del acreditado en cualquier momento y en cualquier cantidad». Una vez que el acreditado haya hecho uso del crédito abierto (fase de disposición efectiva) determina el autor que «en esta segunda fase del contrato, la abstracta disponibilidad se va a concretar en diversas formas de disposición. Por consecuencia de ello cambia en cierto modo la posición de las partes en el contrato, o al menos se modifica cuantitativamente su primitivo carácter. Así, el Banco que era fundamentalmente deudor en la primera fase (deudor de crédito), ahora pasa ser a acreedor en el momento en que su cliente, por haber dispuesto del crédito, sea deudor de las cantidades utilizadas».

significa que se anotarán en el «debe» del acreditado las disposiciones que realice y el importe de los intereses y las comisiones que conlleven este contrato (como puede ser, por ejemplo, la comisión de apertura)<sup>701</sup>. Así las cosas, en el supuesto que tratamos de contrato de *factoring* coligado, el cobro de la comisión de *factoring* podría seguir una operativa distinta a la que existe en el *factoring* ordinario, pudiéndose cobrarse por el factor mediante cargo en la cuenta corriente, siguiendo el modo de cobro de las comisiones en la apertura de crédito<sup>702</sup>.

Expuesto lo anterior, destacamos que, en el caso de declararse el concurso del cliente-cedente, si en el contrato de *factoring* coligado con un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria los créditos cedidos están pendientes de vencimiento, habiéndose cumplido la obligación de anticipo por parte del factor (es decir, se ha agotado por el cliente el crédito concedido), y habiéndose también cobrado toda la cantidad referente a la comisión de *factoring*, podría decirse que se aplicaría la solución establecida en el supuesto «a» («*El factor ha realizado todos los anticipos posibles*»)<sup>703</sup>. En otro caso, en el que las prestaciones recíprocas de las partes que hemos destacado al principio del epígrafe se encuentren pendientes de cumplimiento, se aplicaría el artículo 158 TRLCon (sería por ejemplo el supuesto en que no hubiere agotado el cliente-cedente el crédito concedido, una vez declarado el concurso, y los créditos cedidos se encontrasen pendientes de vencimiento).

---

<sup>701</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., pp. 203: «*La adopción de la cuenta corriente como molde contable de la apertura de crédito significa que se anotarán en el debe del acreditado las disposiciones que realice y el importe de las comisiones e intereses, y en su haber los reintegros de capital*». Asimismo, vid. ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 856; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «El contrato de apertura de crédito», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, p. 642.

<sup>702</sup> En este caso lo más lógico es que la comisión se aplique sobre el valor global de la cartera de créditos cedida dentro de un periodo de tiempo determinado, en lugar de sobre cada crédito individual (sobre el tema, vid. *supra* apartado 2.6 del capítulo cuarto).

<sup>703</sup> No obstante, es cierto que el pago de los créditos cedidos por los deudores podría rehabilitar la disponibilidad (LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 75). Pero, como señala el profesor MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., p. 839, mientras no se produzca ese hecho, la carga obligatoria pendiente de cumplimiento es del cliente, refiriéndose a su obligación de restitución.

No obstante, destacamos que la modalidad que tratamos parece extraña en la práctica: de todos los contratos reales estudiados no disponemos de ninguno en el que se realice esta operativa; y en cuanto a la jurisprudencia, los autores que han tratado sobre este tipo de *factoring* sólo se refieren a la STS de 6 de octubre de 2004<sup>704</sup>.

## **5. RÉGIMEN CONCURSAL DEL CONTRATO DE *FACTORING* CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO TANTO A CARGO DEL CLIENTE CONCURSADO COMO DE LA OTRA PARTE**

### **5.1. Resolución del contrato por incumplimiento**

La normativa concursal establece un régimen de resolución por incumplimiento basado en el de Derecho común (artículo 1124 CC), pero con importantes variaciones<sup>705</sup>.

En el TRLCon la subsección que se dedica a este régimen – Subsección 1ª de la Sección 2ª del Capítulo IV del Título III, Libro Primero – es uno de los aspectos dentro del capítulo de los efectos del concurso sobre los contratos en los que se manifiesta la alteración tanto de la sistemática como de la literalidad de los preceptos de la LCon. En el nuevo texto aparece desdoblado el artículo 62 LCon («*Resolución por incumplimiento*») en cinco artículos: los artículos 160 a 164. Si bien pudiera pensarse que lo anterior aporta resultados positivos, teniendo en cuenta lo que establece el

---

<sup>704</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 75 (específicamente nota núm. 25). Asimismo, ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de *factoring*», cit., p. 853.

<sup>705</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 709. Asimismo, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1162 y 1163: «*La resolución por incumplimiento constituye un instrumento de tutela de la parte no incumplidora frente al incumplimiento de la contraparte (art. 1124 CC) que sigue desplegando su eficacia tras la declaración de concurso. La Ley Concursal introduce, sin embargo, algunas modificaciones importantes en el régimen de la resolución*».

TRLCon en su preámbulo («*la alteración de la sistemática facilita la identificación de la norma y la comprensión de la función que cumple*», «*en el texto originario de la Ley Concursal, y sobre todo, en el ya reformado, existían artículos que, por razón de la materia, era aconsejable dividir en varios independientes*») en realidad no resulta para nada convincente ni clarificadora la estructuración de las normas sobre la resolución por incumplimiento, siendo esta cuestión destacada por parte de la doctrina<sup>706</sup>.

Así, la subsección dedicada a esta materia comienza de inmediato con el artículo 160, el cual dispone que «*Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso sólo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo*». Comparando dicho precepto con su correspondiente en el derogado texto de la LCon (art. 62.1), entendemos que este último es más clarificador, pues contiene en un mismo apartado la resolución por incumplimiento anterior y posterior a la declaración de concurso<sup>707</sup>. El TRLCon, en su afán de dividir los artículos de la LCon en varios independientes, establece en el citado artículo 160 la resolución por incumplimiento anterior a la declaración de concurso y en el artículo 161 la resolución por incumplimiento posterior, cuando debería haber regulado ambas posibilidades en un mismo precepto, tal y como lo hacía la LCon. Teniéndose en cuenta, además, que ambas disposiciones tratan de una misma cuestión (momento en que se produce el incumplimiento), con la agrupación de estos dos preceptos en uno se habría también cumplido el objetivo que se establece en el preámbulo del TRLCon en cuanto a la dedicación de un artículo por materia<sup>708</sup>. Lo de ahora exige un esfuerzo de

---

<sup>706</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 160. Resolución por incumplimiento anterior», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 888.

<sup>707</sup> El artículo 62.1 LCon disponía: «*La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso*».

<sup>708</sup> Nos referimos en concreto a la siguiente expresión en el preámbulo del TRLCon (II): «*En el texto refundido se dedica un artículo a cada materia, evitando que un mismo precepto se ocupe de heterogéneas o distintas cuestiones y, al mismo tiempo, el epígrafe de cada artículo intenta anticipar el objeto de la norma*».

interpretación integrada<sup>709</sup>, lo cual no favorece al mandato de claridad, también aludido en el preámbulo de la TRLCon.

Lo expuesto concierne a la alteración de la sistemática del texto de la LCon por parte del legislador. No obstante, también en este tema de la resolución por incumplimiento se altera la literalidad con efectos, desde nuestro punto de vista, negativos para la labor del intérprete. Si bien el artículo 62.1 LCon comenzaba estableciendo que la declaración de concurso no afectaba a la facultad de resolución por incumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, el TRLCon da por conocida la posible resolución por incumplimiento, ocupándose directamente de los supuestos resolutorios. Aunque se señala en el preámbulo del TRLCon que la alteración de la literalidad de los textos de la LCon es la manifestación más significativa del mandato de claridad, siendo su objeto eliminar dudas interpretativas<sup>710</sup>, hubiera sido mucho más correcto establecer, como lo hacía el derogado artículo 62.1 LCon, que la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes por incumplimiento de cualquiera de ellas. Y, tal y como establece algún autor, a partir de esa declaración general, señalar las peculiaridades de régimen en función de los contratos (de tracto único o sucesivo) y el momento del incumplimiento<sup>711</sup>. Este modo habría aportado, a nuestro juicio, más claridad y comprensibilidad.

---

<sup>709</sup> Así se establece MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 160. Resolución por incumplimiento anterior», cit., p. 888: «*El desdoblamiento en dos artículos de dos disposiciones que bien podrían estar en uno, no parece favorecer la claridad, sino que exige más bien un esfuerzo de interpretación integrada*».

<sup>710</sup> Específicamente, la referida exposición de motivos (II) establece: «*la alteración de la literalidad de un buen número de textos es la manifestación más significativa del mandato de claridad. Un elevado número de artículos se han redactado de nuevo, para precisar, sin alterar su contenido, cuál es la interpretación de la norma. La terminología se ha unificado; el sentido de la norma se hace coincidir con la formulación, evitando el mayor número de incertidumbres posibles...*».

<sup>711</sup> Son palabras de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 160. Resolución por incumplimiento anterior», cit., pp. 888 y 889, cuyo sentido compartimos. En concreto la autora establece: «*El inicio de estas normas con el art. 160 resulta sorpresivo, por más que la facultad de resolución por incumplimiento contractual se siga ya de las normas sobre la vigencia de los contratos en curso. Hubiera costado poco mantener, con algún retoque, la disposición con la que comenzaba el art. 62 LConc. (...) Y a partir de esa declaración general, establecer las peculiaridades de régimen en función de las características de los contratos (de tracto único o sucesivo) y el momento del incumplimiento resolutorio*».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Pese a lo expuesto, destacamos que la redacción del actual artículo 160 TRLCon resulta mucho más satisfactoria con respecto a la del Proyecto de TRLCon. En cuanto a esta última, el artículo 160 del Proyecto de TRLCon establecía lo siguiente: «*Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento del deudor anterior a la declaración de concurso sólo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo*». Debido a que no se refería al incumplimiento anterior de cualquiera de las partes, sino solo al «*incumplimiento del deudor*», se podría interpretar que en los contratos de tracto sucesivo no cabía acudir al remedio resolutorio por incumplimiento anterior de la parte *in bonis*, con la consecuencia de privar en estos casos al concurso de este mecanismo de defensa del crédito<sup>712</sup>. Ello fue corregido, tras indicación en el Dictamen del Consejo de Estado del Proyecto de TRLCon<sup>713</sup>, y en la publicación del TRLCon el artículo no distingue entre la persona en quien recae el incumplimiento anterior, admitiendo por tanto que dicho incumplimiento proceda de cualquiera de las partes.

También resulta bastante más satisfactoria la redacción del actual artículo 161 TRLCon que la del Proyecto de TRLCon: este último suprimía la referencia a los contratos con obligaciones recíprocas y a su grado de ejecución en el referido precepto. En concreto, el artículo 161 del Proyecto de TRLCon establecía lo siguiente: «*Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes*». Como vemos, no limitaba la

---

<sup>712</sup> Así lo explicaba SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 186, en relación con la formulación del artículo 160 de la Propuesta de TRLCon (que se expresaba en el mismo sentido que el artículo 160 del Proyecto de TRLCon). La autora también aportaba otra interpretación que bajo nuestro punto de vista resulta un tanto forzada: debido a que este artículo 160 de la Propuesta de TRLCon establecía que «*la facultad de resolución del contrato por incumplimiento del deudor anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo*» entendía que si el contrato fuese de tracto único no podría ejercitarse la facultad de resolución del contrato por incumplimiento del deudor anterior, pero si el incumplimiento anterior no fuese del deudor sino de la parte *in bonis* podría ejercitarse la resolución tanto si el contrato fuese de tracto sucesivo como de tracto único, destacando que la Propuesta de TRLCon lo admitía, aunque de forma indirecta. Sin embargo, una vez corregido el artículo, en la letra actual del TRLCon, esta última interpretación expuesta no tiene lugar.

<sup>713</sup> Concretamente *vid.* punto 5 del apartado «C» de la consideración séptima del Dictamen del Consejo de Estado del Proyecto de TRLCon: «*Artículo 160 TR: resolución por incumplimiento anterior. Se percibe una errata en el tenor del artículo 160 TR, que reproduce el último inciso del artículo 62.1 LC: debe precisarse que se refiere al incumplimiento anterior a la declaración del concurso (como ya hace el título del precepto)*».

resolución por incumplimiento a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, como hacía el sustituido artículo 62.1 LCon. Así, la interpretación literal del precepto permitía la resolución por incumplimiento en todo caso, incluso en el supuesto del artículo 157 TRLCon, cuando la parte *in bonis* hubiese cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo antes de la declaración concurso, frente al incumplimiento del concursado<sup>714</sup>. No obstante, tal y como hemos destacado precedentemente, en este caso la parte *in bonis* no puede ejercitar la acción de resolución del contrato por incumplimiento, pues ello iría contra el principio concursal de igualdad de trato de los acreedores: lo que le corresponde es que su crédito contra el concursado sea declarado concursal<sup>715</sup>. Como también hemos ya explicado, cuestión distinta sería si el que hubiese cumplido íntegramente con sus prestaciones fuese el concursado, pues en este supuesto sí podría resolver ante el incumplimiento de la parte *in bonis* mediante el artículo 1124 CC<sup>716</sup>. Esto es así porque para el concursado la acción del artículo 1124 CC no resulta afectada por el hecho de la declaración del concurso, pues para él no existen las restricciones que sí operan para el contratante *in bonis*, sometido a la *par conditio creditorum*<sup>717</sup>.

Lo expuesto fue manifestado en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el TRLCon* (en adelante, Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon)<sup>718</sup>. Tras el Dictamen del

---

<sup>714</sup> Explicando esta cuestión, SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 187.

<sup>715</sup> Vid. apartado 3.2.1 de este capítulo, en el que exponíamos que permitir en este supuesto a la parte *in bonis* el ejercicio de la resolución del contrato por incumplimiento iría en contra del principio concursal de igualdad de trato de los acreedores, pues el éxito de dicha acción tiene como consecuencia recuperar la prestación que ya con anterioridad a la declaración del concurso entró a formar parte del patrimonio del concursado, permitiendo así a la parte *in bonis* escaparse de las consecuencias del concurso, frente al resto de acreedores. En el caso de que se entienda que la resolución produce efectos meramente obligacionales, destacamos que tampoco era admisible la facultad resolutoria de la parte *in bonis*, en aras de la tutela colectiva.

<sup>716</sup> Vid. *supra* apartado 3.2.1 de este capítulo.

<sup>717</sup> Sobre el tema, vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 161. Resolución por incumplimiento posterior», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 896.

<sup>718</sup> Vid. apartados 234, 239 y 240 del Informe (pp. 77 a 79).



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Consejo de Estado del Proyecto de TRLCon, el artículo 161 fue corregido, pues allí se consideró que *«el precepto debe precisar, sin embargo, tal y como hace el artículo 62.1 LC, que se refiere a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento»*<sup>719</sup>. A dicha observación se le otorgó el carácter de esencial<sup>720</sup> y su cumplimiento por el legislador dio lugar al actual artículo 161 TRLCon, el cual establece lo siguiente: *«Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes»*.

Llegados a este punto, hemos de precisar que, si bien en el artículo 160 TRLCon no se hace referencia al grado de ejecución del contrato, el legislador está pensando en el incumplimiento anterior del contrato de tracto sucesivo pendiente de cumplimiento por ambas partes<sup>721</sup>, siendo éste el supuesto general<sup>722</sup>.

Tras todo lo expuesto, concretamos que si declarado el concurso del cliente de *factoring* el contrato de *factoring* en cuestión tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la parte *in bonis* (factor), podrá resolverse por incumplimiento posterior de cualquiera de ellos. Además, debido a que es un contrato de tracto sucesivo, el artículo 160 TRLCon permite su resolución por incumplimiento anterior a la declaración del concurso.

---

<sup>719</sup> Vid. punto 6 del apartado «C» de la consideración séptima del Dictamen del Consejo de Estado del Proyecto de TRLCon.

<sup>720</sup> Se señala en el Dictamen del Consejo de Estado del Proyecto de TRLCon con respecto a la consideración expuesta que: *«Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio»* (punto 6 del apartado «C» de la consideración séptima).

<sup>721</sup> No sería necesaria esta aclaración si los artículos 160 y 161 TRLCon estuviesen integrados en un solo precepto, en el que se mantuviera la disposición con la que iniciaba el artículo 62.1 LCon: que la declaración de concurso no afecta la facultad de resolución por incumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuestión que hemos defendido en el texto de acuerdo con la postura de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 160. Resolución por incumplimiento anterior», cit., p. 889 (*vid. supra* nota núm. 711).

<sup>722</sup> Vid. apartado 3.3.1 de este capítulo, en el que destacábamos que también pueden existir contratos de tracto sucesivo a los que no les sea aplicable el artículo 158 TRLCon.

En relación con esto último, estando vigente la LCon, existían autores que defendían la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes también por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso<sup>723</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo se pronunció de forma contraria a esta tesis<sup>724</sup>. La norma actual parece dejar claro que únicamente pueden resolverse por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso los contratos de tracto sucesivo (debido a la inserción en el artículo 160 TRLCon de la frase «*solo podrá ejercitarse*»)<sup>725</sup>.

La doctrina se ha preguntado la razón por la que la Ley permite la resolución de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento anterior y no la permite en los contratos

---

<sup>723</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 690; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1164: «*La Ley se refiere a la facultad de resolución por incumplimiento posterior al concurso y cuando se trata de contratos de tracto sucesivo también a la resolución por incumplimiento anterior al mismo. Ello no debe llevar, sin embargo, a pensar que no es posible ejercitar la facultad de resolución de contratos de tracto único con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes en el momento de la declaración de concurso cuando existe un incumplimiento anterior a la apertura del procedimiento concursal por parte de una de ellas (por ejemplo, un contrato de compraventa que no ha sido ejecutado por ninguna, pero que tenía que haber sido cumplido ya y una de ellas está dispuesta a cumplir); pues lo contrario supondría dejar indefensa (y vinculada de forma indefinida) a la parte dispuesta a cumplir y que sufre el incumplimiento del otro contratante*». Un estudio más amplio del tema por la autora se produce en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pp. 66 y ss.

Si bien BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1783, determinaba que la resolución por incumplimientos anteriores en los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes una vez declarado el concurso resultaba contradictoria con el artículo 62.1 LCon, también señalaba que la norma conducía a unas consecuencias difícilmente aceptables, pues el contratante perjudicado por un acto de incumplimiento anterior quedaría a merced de la otra parte. Por ello, proponía una interpretación diferente del artículo 62.1 LCon: «*a la vista de estas reflexiones, el mandato contenido en el primer inciso del artículo 62.1 LCon encuentra su sentido en el designio de impedir la resolución repentina e inesperada tras una eventual actitud condescendiente con una conducta omisiva anterior, para lo que parte de la presunción no explicitada de que en tales casos se ha optado inicialmente por la ejecución, situación en la que tan solo podrá instarse la disolución del vínculo cuando, en el desarrollo del concurso, se revalide la inejecución mediante la constatación del carácter definitivo del incumplimiento*».

<sup>724</sup> SSTs de 24 de julio de 2013; recurso núm. 2178/2011, (RJ 2013\5204); de 25 de julio de 2013, recurso núm. 168/2012, (RJ 2013\5534); de 20 de septiembre de 2018, recurso núm. 2755/2015, (RJ 2018\3867): «*El contrato que los demandantes pretenden resolver es una compraventa, un contrato de tracto único. Estos contratos, si sus obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso de una de ellas, sólo pueden ser resueltos a instancia de la parte in bonis por incumplimiento de la concursada, cuando este incumplimiento es posterior a la declaración de concurso*».

<sup>725</sup> Que la inserción del término «*solo*» en el artículo 160 TRLCon subraya que únicamente los contratos de tracto sucesivo pueden resolverse por incumplimiento previo al concurso es destacado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 160. Resolución por incumplimiento anterior», cit., p. 894.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

de tracto de único. Algún autor<sup>726</sup> entiende que la solución parece justificada, pues en relación con los contratos de tracto sucesivo, si el incumplimiento fuese del concursado (como suele ocurrir en la práctica), sería injusto obligar a la parte *in bonis* a seguir comerciando con un deudor insolvente que ha incumplido obligaciones anteriores a la insolvencia. Con respecto a ello, un sector doctrinal<sup>727</sup> argumenta que la misma razón debería servir para permitir resolver por incumplimiento en los contratos de tracto único, pues en éstos también es injusto obligar a la parte *in bonis* a quedar ligada al contrato con un deudor insolvente que ha incumplido antes de la insolvencia. Sin embargo, parece que en este último caso se castiga la desidia de la parte *in bonis* por no haber ejercitado antes del concurso la facultad resolutoria del contrato, soportando, en consecuencia, que no pueda ejercitarse la misma una vez declarado el concurso<sup>728</sup>. El Tribunal Supremo<sup>729</sup> se limita a señalar que esta distinción entre contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo determina, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso, «*al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto esta opción legislativa*», eludiendo pronunciarse sobre la justificación de esta diferenciación.

---

<sup>726</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2818; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 709.

<sup>727</sup> MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 103.

<sup>728</sup> *Vid ad. ex.* la ya destacada STS de 25 de julio de 2013, recurso núm. 168/2012, (RJ 2013\5534). En el caso de autos, la parte *in bonis* había concertado con una promotora inmobiliaria un contrato de compraventa de vivienda, pendiente de ser construida, habiendo pagado 47.090,70 euros. La promotora inmobiliaria se declaró en concurso de acreedores tres años después, sin haber entregado la vivienda a la parte compradora *in bonis*. Así las cosas, ésta interpuso demanda de incidente concursal para que se declarase la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora concursada y se condenara a esta última a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta (47.090,70 euros). El Alto Tribunal determina que «*la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de compraventa en noviembre de 2007, sin que le fuera entregada o puesta a su disposición antes de que, en julio de 2008, se hubiese solicitado y declarado el concurso de la promotora. (...) El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso*», concluyendo que «*como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después*».

<sup>729</sup> SSTS de 24 de julio de 2013, recurso núm. 2178/2011, (RJ 2013\5204); de 25 de julio de 2013, recurso núm. 168/2012, (RJ 2013\5534) – *vid.* en ambas Fundamento de Derecho quinto –.

En cuanto al carácter del incumplimiento, ninguna especialidad introduce la normativa concursal con respecto al Derecho común de los contratos. Esto es, la resolución por incumplimiento de los artículos 160 y 161 TRLCon requerirá todos los requisitos que la jurisprudencia ha venido exigiendo para la resolución del artículo 1124 CC<sup>730</sup>: debe ser un incumplimiento de una obligación principal, verdadero y propio, grave, esencial y definitivo, que genere la frustración del fin del contrato<sup>731</sup>.

Si bien, en la práctica contractual se han generalizado las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento. La naturaleza dispositiva del artículo 1124 CC permite a las partes la inclusión de cláusulas en la que se determinen los incumplimientos resolutorios<sup>732</sup>. Estas cláusulas resolutorias expresas son válidas dentro del concurso<sup>733</sup>. En el caso de contratos de *factoring*, se suele establecer en la práctica una cláusula de resolución por incumplimiento del cliente de *factoring* de cualquiera de las obligaciones

---

<sup>730</sup> ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 134; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1784; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 709.

<sup>731</sup> SSTs de 15 de noviembre de 1994, recurso núm. 776/1992, (RJ 1994\8836); de 7 de marzo de 1995, recurso núm. 3597/1991, (RJ 1995/2149); de 23 de enero de 1996, recurso núm. 2262/1992, (RJ 1996\639); de 11 de abril de 2003, recurso núm. 2621/1997, (RJ 2003\3017); de 14 de marzo de 2008, recurso núm. 384/2001, (RJ 2008/1707); de 12 de abril de 2011, recurso núm. 2100/2007, (RJ 2011\3454); de 18 de julio de 2012, recurso núm. 990/2009, (RJ 2012/9332); de 10 de mayo de 2019, recurso núm. 2958/2016, (RJ 2019\1922), entre otras.

Es destacable que, si bien con anterioridad se exigía por la jurisprudencia una demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, en la actualidad basta con el dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del contrato – *vid.* SSTs de 7 de mayo de 2003, recurso núm. 2894/1997, (RJ 2003\3886); de 31 de mayo de 2007, recurso núm. 2671/2000, (RJ 2007\4336) –.

<sup>732</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 692. Sobre el pacto resolutorio expreso, *vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, p. 418: «En nuestro Derecho las partes pueden pactar la resolución y, consecuentemente, establecer criterios distintos a los jurisprudencialmente asentados en cuanto al incumplimiento que faculta para resolver. Esta posibilidad claramente deriva del principio de autonomía privada, establecido en el artículo 1255 del Código Civil y en que el artículo 1124 contiene una norma supletoria y dispositiva, que integra la voluntad declarada por las partes en la conclusión de un contrato bilateral». Asimismo, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, 2013, p. 1546.

<sup>733</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 692; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., pp. 1784 y 1785.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

especificadas en el contrato<sup>734</sup>. En cuanto a éstas, especial importancia tiene la obligación del cliente-cedente de asumir el impago del deudor cedido (toda clase de impago en el caso de *factoring* con regreso/impago que se produzca por causas ajenas a la insolvencia, en el caso de *factoring* sin regreso<sup>735</sup>). Se recoge en los contratos que en caso de impago del deudor cedido será exigible la obligación de restitución a cargo del cedente (como hemos destacado, la responsabilidad del cliente-cedente queda limitada en el *factoring* sin regreso, pues aquí el factor asume la insolvencia del deudor cedido)<sup>736</sup>. Si el cliente de *factoring* se encuentra declarado en concurso y al contrato se le aplica el artículo 158 TRLCon por tener obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en el caso de que no cumpla con su obligación de restitución una vez reclamada, el factor podrá resolver por incumplimiento, aplicando la cláusula de resolución por incumplimiento pactada en el contrato, sin necesidad de probar que concurren todos los requisitos jurisprudenciales para la resolución, destacados más arriba<sup>737</sup>.

---

<sup>734</sup> Vid. contrato de *factoring* de BBVA FACTORING, apartado «b» de la cláusula decimosexta; contrato de *factoring* de BANCO PICHINCHA ESPAÑA, cláusula octava, apartado «d». En el elenco de obligaciones del cliente de *factoring* de estos contratos consultados se recogen muchas con el carácter de accesorias, como por ejemplo poner a disposición del factor la contabilidad, cuentas o documentos; conservar las notas de pedido, contratos, correspondencia comercial y justificantes; no pactar variaciones en la valoración de los créditos cedidos al factor, salvo autorización de éste (*vid. ad. ex.* contrato de *factoring* de BBVA FACTORING, cláusula octava en relación con cláusula decimosexta). El incumplimiento de estas obligaciones, en principio sin suficiente relevancia objetiva, facultan al factor para resolver, porque así se ha pactado (*vid.* BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1785).

<sup>735</sup> Vid. *supra* apartado 2.4 del capítulo cuarto.

<sup>736</sup> Vid. *ad. ex.* en el caso de *factoring* sin regreso el contrato de BBVA FACTORING, cláusulas novena y décima.

<sup>737</sup> En este punto, se destaca la STS de 19 de mayo de 2009, recurso núm. 293/2004, (RJ 2009/3181): «La cláusula de la reglamentación contractual a que se refiere la recurrente contiene una regla extintiva expresamente pactada, de modo que fueron las partes contratantes las que atribuyeron fuerza resolutoria a la infracción que se trata, en ejercicio de su potestad normativa creadora. Ello sentado, es cierto (...) que no todo incumplimiento – en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido – es suficiente para resolver una relación obligatoria sinalagmática. También lo es que para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria se necesita que sea esencial (STS de 5 de abril de 2006) –. Pero no hay duda que esa condición la merece aquel incumplimiento que la tenga por voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la “lex privata” por la que quieren regular su relación jurídica».

No obstante, la resolución por incumplimiento de nuestra normativa concursal únicamente puede ser ejercitada judicialmente. Así se requiere por el artículo 162 TRLCon: «*La acción de resolución del contrato por incumplimiento se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal*»<sup>738</sup>. Por tanto, en el caso comentado, el factor para resolver por incumplimiento deberá interponer incidente concursal ante el juez del concurso, fundamentando aquél en la cláusula resolutoria pactada en el contrato de *factoring*. Esta es una diferencia entre el régimen concursal de la resolución por incumplimiento y el régimen general (art. 1124 CC), pues en este último sí se permite el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria<sup>739</sup>.

En el ejemplo anteriormente destacado, determinamos que si el contrato de *factoring* se encuentra en la situación del artículo 158 TRLCon y el cliente concursado no cumple con su obligación de restitución, el factor podrá resolver por incumplimiento. En este caso el incumplimiento proviene del concursado y, por tanto, la facultad resolutoria corresponde a la parte *in bonis*. En caso de que el incumplimiento fuese de la parte *in bonis* – supongamos, por ejemplo, que estando el cliente de *factoring* declarado en concurso, y sin que se hayan agotado el/los límites establecidos en el contrato (situación «b», explicada en el apartado anterior), el factor se niegue a concederle el anticipo de un determinado crédito – corresponde ejercitar la acción de resolución por incumplimiento al concursado, con la autorización de la administración concursal si está en régimen de intervención, o a la administración concursal, si está en régimen de

---

<sup>738</sup> Sin embargo, en el AJMerc núm. 1 de La Coruña, de 30 de septiembre de 2008, recurso núm. 408/2008, (JUR 2009\184963), el juez determinó que es posible la resolución de un contrato por incumplimiento de la concursada, sin necesidad de que previamente haya sido promovida acción judicial resolutoria, si aquella acepta la resolución: «*Los términos del artículo 62 de la Ley Concursal no impiden que la concursada, en caso de intervención y con la conformidad de la administración concursal, pueda aceptar la resolución de un contrato por incumplimiento posterior a la declaración de concurso promovido por la otra parte contractual, sin necesidad, por lo tanto, de que haya sido ejercitada la acción judicial a que se refiere el apartado 2 del artículo 62*». Nos mostramos contrarios a este pronunciamiento: el derogado artículo 62.2 LCon exigía, como el actual 162 TRLCon, que la resolución por incumplimiento se ejercitara ante el juez del concurso y se sustanciara por los trámites del incidente concursal, sin excepciones; además, se debe tener en cuenta que el juez puede acordar el cumplimiento del contrato aunque exista causa de resolución, atendiendo al interés del concurso (*vid.* art. 62.3 LCon, sustituido por art. 164 TRLCon).

<sup>739</sup> MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 107; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 65.

suspensión<sup>740</sup>. En este caso, la acción de resolución se deberá ejercitar siempre que sea lo más conveniente para el interés del concurso, como se verá a continuación.

No obstante lo expuesto, el artículo 164 TRLCon faculta al juez a acordar el cumplimiento del contrato aunque exista causa de resolución, siempre que así lo requiera el interés del concurso, determinando el precepto que serán con cargo a la masa *«las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado»*. Así las cosas, y partiendo una vez más del ejemplo expuesto, en un escenario en el que se aplique el artículo 158 TRLCon al contrato de *factoring*, si el cliente de *factoring* concursado no cumple con su obligación de restitución y el factor ejercita la acción resolutoria por incumplimiento ante el juez del concurso, a pesar de existir un incumplimiento resolutorio por parte del cliente-cedente, el juez puede rechazar la resolución, acordando el cumplimiento del contrato en interés del concurso.

Podemos, por tanto, apreciar que el interés del concurso puede dar lugar a la desvinculación del contrato aunque no exista causa de resolución (resolución judicial en interés del concurso, artículo 165 TRLCon) y puede llevar también a impedir dicha desvinculación aunque exista causa resolutoria (cumplimiento del contrato por resolución del juez del concurso, artículo 164 TRLCon)<sup>741</sup>.

La doctrina ha destacado que la facultad establecida en el artículo 164 TRLCon constituye una originalidad del Derecho Concursal español, aunque no supone una innovación en nuestro ordenamiento: el artículo 1124 CC dispone que, una vez acreditada la causa extintiva *«el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo»*<sup>742</sup>. Es decir, en el

---

<sup>740</sup> Destaca con acierto MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1166, que si el concursado intervenido se negase a interponer el incidente concursal solicitando la resolución y la administración concursal considerara la misma conveniente para el interés del concurso, el juez podría autorizar a aquella a interponerla (art. 119.2 TRLCon).

<sup>741</sup> Así se destaca por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1163.

<sup>742</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2818; GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 708; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1787: *«Ciertamente, la decisión judicial de hacer perdurar la vigencia de los contratos sinalagmáticos afectados por un incumplimiento*

Derecho común de contratos se autoriza al juez a rehusar la resolución e imponer el cumplimiento<sup>743</sup>. Empero, la regulación concursal es diversa a la del artículo 1124 CC, pues el campo de aplicación no queda limitado a los negocios en los que en Derecho común tiene el juez la facultad de señalar plazo cuando existan causas justificadas, sino que también se extiende a los contratos mercantiles. Es decir, debido a que el artículo 61 CCom establece que no se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros a los contratos mercantiles, a causa del valor preponderante del tiempo en el tráfico mercantil, en el régimen ordinario este tipo de contratos quedan fuera de la posibilidad que otorga al juez el artículo 1124 CC de rehusar la resolución y decretar el cumplimiento en un determinado plazo. No obstante, en el régimen especial concursal, el ámbito de aplicación del artículo 164 TRLCon se extiende también a estos contratos mercantiles<sup>744</sup>. Asimismo, el contenido de la decisión judicial del artículo 164 TRLCon no queda limitado a la fijación de un término adicional; además de que la justificación para imponer el cumplimiento del contrato se basa en el interés del concurso<sup>745</sup>.

Tal y como señala algún autor, en el artículo 164 TRLCon se está pensando en que sea la parte *in bonis* quien solicite la resolución por incumplimiento del concursado<sup>746</sup>,

---

*resolutorio no supone una primicia en nuestro ordenamiento, pues con carácter general ya se encuentra presente en el ámbito civil, merced a lo dispuesto en el art. 1124 CC».*

<sup>743</sup> Sobre la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC *vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 42: «*La resolución por incumplimiento no actúa de forma absoluta, ya que los Tribunales se encuentran autorizados a conceder plazo si encuentran causas justificadas para ello*».

<sup>744</sup> Sobre el tema *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1167 y BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1787.

<sup>745</sup> Todas estas diferencias son manifestadas por BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1787. Con respecto a la última destacada, indica GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 708, que en el Derecho común «*las causas que autorizan a rehusar la resolución e imponer el cumplimiento no aparecen nominalmente expuestas en el art. 1124. III CC, que sólo habla de "causas justificadas"*». En el Derecho anterior, MONTES REYES, A., «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo», AA.VV., *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Tomo II, Madrid, 1979, p. 451, determinaba que «*la disposición legal del art. 1124 CC admite la discrecionalidad del órgano judicial en cuanto a la apreciación de causas*» indicando que, en la suspensión de pagos, la continuación de la empresa podía ser causa justificada para rechazar la resolución de determinados contratos en virtud del artículo 1124 CC.

<sup>746</sup> JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 146; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1167: «*Cuando la Ley señala que el juez puede acordar el cumplimiento del contrato está pensando seguramente, sobre*



pero recalcamos que la facultad del juez de enervación de la resolución del contrato también será posible en caso de que el concursado o la administración concursal solicite la resolución por incumplimiento de la parte *in bonis*. Desde luego que el incumplimiento del concursado será más frecuente en la práctica – pues éste se encuentra en situación de insolvencia y, por tanto, se presume su dificultad para cumplir con sus obligaciones – pero no debemos olvidar que también cabe el otro supuesto.

Si estando el contrato de *factoring* en la situación del artículo 158 TRLCon se produce un incumplimiento por parte del factor *in bonis* y el contrato es conveniente para el concurso, el cliente de *factoring* concursado o la administración concursal debe ejercitar las acciones de cumplimiento correspondientes<sup>747</sup>. Si se solicitara la resolución cuando lo más beneficioso para el concurso fuese el cumplimiento no se estaría defendiendo el interés del concurso. En este caso, aunque el juez declarase el cumplimiento del contrato haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 164 TRLCon, a instancias de la administración concursal podría acordarse el cambio de la situación del concursado de intervención a suspensión (art. 108.1 TRLCon). Si el concursado estuviese en régimen de suspensión, el administrador concursal podría ser separado de su cargo (art. 100.1 TRLCon), si fuese evidente que la resolución era contraria al interés del concurso<sup>748</sup>.

De igual forma, si estando el contrato de *factoring* en el escenario del artículo 158 TRLCon se produce un incumplimiento por parte del cliente de *factoring* concursado (régimen de intervención) o de la administración concursal (régimen de suspensión) y el factor *in bonis* solicita la resolución, si el contrato conviene al interés del concurso, el cliente de *factoring* concursado o la administración concursal deberá oponerse a la misma. Con independencia de que el juez hiciese uso de su facultad y declarase el

---

*todo, en la resolución ejercitada por la parte in bonis a causa del incumplimiento del concursado o de la administración concursal».*

<sup>747</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 709; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1167

<sup>748</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1167; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 116.

cumplimiento del contrato en este caso, si los demandados no se opusieran alegando el interés del concurso en el cumplimiento, pueden producirse las mismas consecuencias señaladas en el caso anterior: cambio de la situación de intervención del concursado a suspensión (art. 108.1 TRLCon) y separación del administrador concursal (art. 100.1 TRLCon)<sup>749</sup>.

Como hemos indicado el juez puede acordar el cumplimiento del contrato en ambos casos expuestos (incumplimiento del concursado/incumplimiento de la parte *in bonis*). El juez puede apreciar de oficio el interés del concurso para el cumplimiento del contrato, sin necesidad de que exista ninguna petición de parte<sup>750</sup>. Ello a diferencia de la resolución judicial del contrato en interés del concurso del artículo 165 TRLCon, la cual

---

<sup>749</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1168; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pp. 116 y 117.

<sup>750</sup> Así lo destaca MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 115; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1168; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1787: «*No exige el texto legal que la utilidad para el patrimonio concursal sea alegada por el deudor fallido o por la administración concursal, sino que puede ser apreciada de oficio por el juez*». Si bien VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 710, declara que el juez puede actuar de oficio, indica que si solicita la resolución el concursado «*resultaría un tanto contradictorio que el Juez pudiera acordar el cumplimiento del contrato*», explicando que parece que quien más objetivamente puede ponderar si resulta mejor la resolución que el cumplimiento es la propia parte concursada, que conoce el negocio que realiza y la forma en la que incide ese cumplimiento en el devenir del proceso, concluyendo que «*permitir que el Juez la contradiga aparece, así, al menos objetable*». Sin embargo, como acertadamente señala BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1787, «*si se considerase que el juez carece de competencia para decidir autónomamente sobre el interés concursal en esta materia, se estaría privando al mecanismo de su aptitud como instrumento para impedir el logro de ilegítimos designios concebidos por connivencia entre las partes*». En contra de la actuación de oficio del juez en este caso se muestra GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 709: «*La disciplina de esta facultad judicial está borrosamente configurada en el art. 62.3 LCon – ahora art. 164 TRLCon –, hasta el punto de que parece que es el propio juez del concurso, valorando el interés del concurso, el que determina la continuación del contrato, sin otro requisito complementario. Ahora bien, solo tendrá sentido esta posibilidad en el caso de que sea el contratante in bonis el que ejerza la facultad resolutoria (atribuida en el art. 62.1 LCon – arts. 160 y 161 TRLCon – a “ambas” partes) y siempre que el deudor concursado y/o la administración concursal aleguen que la continuación del contrato, pese a su propio incumplimiento, satisface el interés del concurso*». El autor, por tanto, niega que pueda declararse el cumplimiento del contrato en el caso de que el incumplimiento proceda de la parte *in bonis* y el concursado interponga la acción resolutoria. En efecto, tal y como explica BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1787, si se entiende que la utilidad del contrato para el patrimonio concursal no puede ser apreciada de oficio por el juez, no resulta factible declarar el empleo del recurso del artículo 164 TRLCon ante la inejecución del contratante solvente, pues es difícilmente imaginable que cuando la resolución se solicite por la parte concursada sea invocada al mismo tiempo la conveniencia para seguir el vínculo.

debe ser solicitada por la administración concursal, en caso de suspensión, o por el concursado, en caso de intervención, sin que el juez pueda actuar *motu proprio*.

Como expondremos en el próximo apartado – en el cual trataremos la resolución judicial del contrato de *factoring* en interés del concurso (art. 165 TRLCon) – el interés del concurso se refiere, según el Tribunal Supremo<sup>751</sup> a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado. Es, por tanto, una realidad abstracta que debe valorarse en cada caso concreto. No obstante, aunque exista interés del concurso, el juez no podrá acordar el mantenimiento del contrato cuando la masa activa sea insuficiente para satisfacer los créditos que se derivarían del mismo. Esto es así porque el juez no puede acordar el cumplimiento de un contrato que sería nuevamente incumplido<sup>752</sup>.

La consecuencia de que el juez acuerde el cumplimiento del contrato aunque exista causa de resolución es que «*las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*» serán con cargo a la masa. Con respecto a esta parte final del precepto no se deduce con claridad si con cargo a la masa son sólo las prestaciones posteriores a la declaración del concurso, o si son también las debidas antes de dicha declaración (prestaciones vencidas e incumplidas antes de la declaración de concurso). Vigente la LCon existieron serias dudas al respecto en la doctrina y en la jurisprudencia, pues el precepto sustituido por el artículo 164 TRLCon (art. 62.3 LCon) tenía idéntica redacción. En concreto, el problema está en la expresión «*prestaciones debidas*», seguida de la conjunción «*o*», que puede ser utilizada en función de equivalencia con las

---

<sup>751</sup> Vid. nota núm. 789.

<sup>752</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1169; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 117; JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 147.

Como ejemplo de lo expuesto citamos la SJMerc de Gijón, de 12 de diciembre de 2016, (JUR 2017\8381), en la que se acuerda la resolución de un contrato de arrendamiento del local de negocio. El cumplimiento del contrato es de interés para el concurso, ya que parte de la actividad del concursado se realiza en ese local. Pero, a pesar de que el local arrendado se trate de un bien afecto a la actividad, el juez acuerda la resolución porque no hay suficiente masa activa para hacerle frente.

«que deba realizar el concursado»<sup>753</sup>, lo que ha motivado que un sector de la doctrina y la jurisprudencia sostuviese que la norma se refería a las generadas después del concurso<sup>754</sup>. Otro sector, en cambio, sostenía una interpretación en el sentido literal de la norma, comprensivo de la totalidad de todas las prestaciones, sin discriminación entre las anteriores y las posteriores<sup>755</sup>.

Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo en dos sentencias del 21 de marzo de 2012<sup>756</sup>, tratándose ambas de un contrato de suministro de energía eléctrica (tracto sucesivo). El Alto Tribunal se pronunció a favor de la interpretación literal (es decir, determinó que la norma que contiene el actual artículo 164 TRLCon se refiere a que serán a cargo de la masa tanto las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del concurso, como las posteriores), explicando que si no fuese así la

---

<sup>753</sup> Así se explica por el Tribunal Supremo en la STS de 21 de marzo de 2012, recurso núm. 272/2009, (RJ 2012\5570).

<sup>754</sup> En cuanto a la doctrina, GARCÍA VICENTE, J.R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, p. 355, señala que la norma que contiene el actual artículo 164 TRLCon no tiene por objeto fijar la calificación de los créditos anteriores: «Puede entenderse razonablemente que la mención a las “debidadas” se refiere a las vencidas después del concurso y las que “deba realizar” son las sucesivas, al modo de los “pagos futuros” de los artículos 68.1 o 69.1 – arts. 166.2 y 167.2 TRLCon –». Si bien, el autor se muestra dubitativo: «No obstante, aunque me parezca una solución razonable y justificada en las normas, no puedo dejar de señalar que sigue siendo “dudosa”» (nota núm. 20). En la misma línea, CLEMENTE MEORO, M.E., «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pp. 213 y 214: «Acordado que sea por el juez el cumplimiento del contrato, serán de cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Mas ha de entenderse que solo son deudas de la masa las cantidades debidas con posterioridad a la declaración del concurso. Las impagadas con anterioridad son deudas concursales (art. 61.1 LCon – actualmente art. 157 TRLCon –) y no se desprende del artículo 62.3 de la Ley Concursal – art. 164 TRLCon – que la resolución judicial de cumplimiento del contrato las convierta en deudas de la masa».

En cuanto a la jurisprudencia se destaca la SJMerc núm. 9 de Córdoba, de 8 de julio de 2005 (AC 2005\1705) y la SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006\68797). Esta última sentencia establece en su Fundamento de Derecho segundo que cuando la norma que contiene el actual artículo 164 TRLCon establece que serán a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado «deberá ser interpretado el término “prestaciones debidas” como prestaciones devengadas tras la fecha de declaración del concurso».

<sup>755</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pp. 97 y 98, JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 148; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 712.

<sup>756</sup> SSTS de 21 de marzo de 2012, recurso núm. 272/2009, (RJ 2012\5570); de 21 de marzo de 2012, recurso núm. 473/2009, (RJ 2012\5571). Estas sentencias se citan en la STS de 15 de diciembre de 2020, recurso núm. 1839/2018, (JUR 2021\3514), la cual mantiene la doctrina jurisprudencial contenida en las mismas.

previsión devendría absolutamente superflua (el precepto entonces no introduciría ninguna garantía y sería una repetición del artículo 158 TRLCon). Además, indicó que aunque en el caso que enjuiciaba esta interpretación convertía un crédito concursal en un crédito contra la masa, ello se debe a que la decisión del mantenimiento del contrato supone un sacrificio actual a la parte *in bonis*, a la que se la expropia de la facultad de resolver, obligándole a continuar vinculado con el concursado. Es decir, la calificación de estas prestaciones vencidas e incumplidas con anterioridad del concurso como créditos contra la masa en este caso está justificada como «garantía» o «compensación» para la parte *in bonis*<sup>757</sup>. Finalmente, señala el Tribunal Supremo que esta solución coincide con la prevista actualmente en los artículos 166 a 168 TRLCon para los supuestos de rehabilitación de contratos, pues responden a una misma idea: la necesidad de que la masa – en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución – responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse u obligados a rehabilitar el contrato ya resuelto<sup>758</sup>.

Así las cosas, si se acuerda el cumplimiento en interés del concurso de un contrato de *factoring* en el que existían prestaciones vencidas e incumplidas por el cliente de *factoring* concursado con anterioridad al concurso (por ejemplo, antes de que se declarase el concurso había incumplido la obligación de restitución), estas prestaciones,

---

<sup>757</sup> Con anterioridad a estas sentencias del Tribunal Supremo, la SAP Barcelona de 13 de septiembre de 2006, recurso núm.156/2006, (JUR 2008\104351), destacaba esta circunstancia, indicando que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III) determina que la facultad de enervación de la resolución en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte: «*esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art. 62.3 – art. 164 TRLCon –: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones debidas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración del concurso*». Concluye, por tanto que «*la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente*».

<sup>758</sup> De la lectura a la SAP Barcelona de 13 de septiembre de 2006, recurso núm. 156/2006, (JUR 2008\104351) – destacada en la nota anterior – nos percatamos que realmente las dos sentencias del Tribunal Supremo que tratamos en el texto se basan en ella. Algunos de los razonamientos de la SAP Barcelona de 13 de septiembre de 2006 son recogidos en el trabajo de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pp. 97 a 101, quien analiza y critica con detalle la tesis que sostiene que en caso de mantenimiento del contrato por interés del concurso las deudas anteriores a la declaración son concursales.

que por ser anteriores al concurso en un contrato de tracto sucesivo tendrían la calificación de crédito concursal – según la tesis defendida en este trabajo<sup>759</sup> –, pasarían a ser crédito contra la masa.

Nada dice la norma sobre qué sucede en el caso de que se haya resuelto por el juez el mantenimiento del contrato pero se produzcan sucesivos incumplimientos. Entendemos que en ese caso se podría ejercitar de nuevo la facultad resolutoria por la parte cumplidora y el juez podría acordar otra vez el cumplimiento del contrato en interés del concurso, siempre que hubiese masa suficiente<sup>760</sup>.

En el caso de que no se acordara por el juez el cumplimiento del contrato de *factoring* en interés del concurso (art. 164 TRLCon) y se declarase la resolución del mismo, se producirán las consecuencias que señala el artículo 163 TRLCon. La primera que se señala en el precepto es la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento (efecto liberatorio): «*En caso de resolución del contrato por incumplimiento, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento*». Tal y como determina autorizada doctrina<sup>761</sup>, el primer efecto que produce la resolución es desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas. Esta desvinculación se produce para las partes de forma absoluta y definitiva, sin que resulte afectada por el desarrollo del procedimiento concursal: ni su conclusión ni su reapertura modalizan su eficacia<sup>762</sup>. En este punto, es necesario referirnos a los efectos de la resolución del contrato de *factoring* con respecto a los créditos objeto del mismo. Consideramos que aquellos créditos cedidos pero que no hubieran nacido en el

---

<sup>759</sup> *Vid. supra* apartado 3.3.2 del presente capítulo.

<sup>760</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1170. Contra lo expuesto se pronuncian GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2818, autora que opina que no cabe ante un nuevo incumplimiento otra decisión del juez acordando una vez más el cumplimiento del contrato; así como GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 709, que considera aplicable por analogía la norma contenida actualmente en el artículo 167.4 TRLCon.

<sup>761</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., pp. 871 y 872; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 473.

<sup>762</sup> SALELLES CLIMENT, J.R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, p. 3180.

momento de la resolución pasarían a integrar la masa activa del concurso del cliente de *factoring*. Es cierto que determinamos que en el contrato de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros (opción a la que nos referimos por ser la utilizada en la práctica actual) el contrato implica desde el primer momento la cesión de los créditos a los que se refiere, pero no debemos olvidar que la eficacia traslativa con respecto a cada crédito está sometida a la condición suspensiva del hecho de su nacimiento, dentro de las condiciones pactadas en el contrato<sup>763</sup>. Por tanto, si en el momento en que se resuelve el contrato no se produjo esa condición suspensiva – nacimiento del crédito – el crédito no nacerá «en cabeza» del cesionario (sociedad de *factoring*), sino que formará parte de la masa activa del concurso del cliente-cedente<sup>764</sup>.

Respecto de las obligaciones vencidas, el artículo 163 TRLCon determina que «*se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso. Si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa*». Como podemos apreciar, el artículo no señala expresamente el efecto restitutorio propio de la resolución de los contratos en el régimen general<sup>765</sup>. En el Derecho común de contratos, la resolución produce efectos retroactivos, significando esto que si las prestaciones hubieran sido ejecutadas cada parte debe reintegrar o restituir lo que hubiese percibido. No obstante, en cuanto a los contratos de tracto sucesivo, la resolución extingue el vínculo con puros efectos *ex nunc*, no afectando a las prestaciones realizadas por ambas partes, sino sólo a las

---

<sup>763</sup> Vid. *supra* apartado 2.2 del capítulo tercero.

<sup>764</sup> Sobre el tema, *vid.* ARIAS VARONA, F.J. «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», *cit.*, p. 265; MONTSERRAT VALERO, A., TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (2)», *cit.*, p. 454; LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», *cit.*, pp. 83 y 84.

<sup>765</sup> Tal y como manifiesta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 163. Efectos de la resolución del contrato», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 899, la norma expresamente se refiere al efecto liberatorio e indemnizatorio de la resolución.

prestaciones cumplidas por una de ellas sin que hayan sido correspondidas por la otra y a las futuras<sup>766</sup>.

Así, de la lectura del artículo 163 TRLCon se aprecia que la resolución del contrato por incumplimiento en el ámbito concursal no tiene eficacia restitutoria. Ello quiere decir que en este caso la resolución no tiene efectos retroactivos y, por tanto, el crédito correspondiente a la parte *in bonis* no es a la restitución, sino a la contraprestación pactada, esto es, su derecho de crédito se refiere a la prestación que debía realizar la concursada e incumplió, atribuyéndole la Ley distinto tratamiento según este incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración de concurso<sup>767</sup>.

Lo que acabamos de afirmar no ha resultado pacífico en la doctrina: un sector ha considerado que el crédito de la parte *in bonis* es a la restitución y no a la contraprestación pactada<sup>768</sup>, indicándose por algún autor que no se puede entender en este punto que la normativa concursal modifique las reglas generales del Derecho común de contratos<sup>769</sup>. Por tanto, sostienen que con respecto a las obligaciones vencidas

---

<sup>766</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., pp. 871 a 873; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 73.

<sup>767</sup> Así MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 74, y en «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1171. En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 296; SALELLES CLIMENT, J.R., «Art. 62», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs, Agustín Ferrer Barriendos), Vol. 1, Barcelona, 2004, p. 706; SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 463.

<sup>768</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 715; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 109; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., pp. 1785 y 1789; GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2822; CLEMENTE MEORO, M.E., «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», cit., p. 215.

<sup>769</sup> Así lo entiende VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 489, (nos referimos a la opinión vertida por el autor en la primera edición de la obra): «*La norma que ahora comentamos – se refiere a la norma establecida actualmente en el artículo 163 TRLCon – (...) parece que sólo considera extinguidas las obligaciones pendientes (...). Esto no es cierto, y en este punto no se puede entender que la Ley Concursal modifique las reglas generales del Derecho de contratos*».



y no cumplidas por el concursado, lo que quiere decir la norma es que si el incumplimiento es anterior al concurso, el crédito a la restitución de la parte *in bonis* será concursal, y si el incumplimiento es posterior, será crédito contra la masa.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo<sup>770</sup> se ha pronunciado recientemente – si bien, *obiter dicta* – sobre el carácter del crédito de la parte *in bonis* con respecto a estas obligaciones vencidas, determinando que la norma contenida actualmente en el artículo 163 TRLCon reconoce a la parte *in bonis* su derecho de crédito «a las prestaciones incumplidas por la concursada»<sup>771</sup>. Por tanto, confirma lo que hemos afirmado anteriormente y que ha sido defendido por un sector doctrinal: el crédito de la parte no concursada es a la contraprestación pactada y no a la restitución.

Así las cosas, en el caso de que se determinase la resolución por incumplimiento del cliente-cedente-concursado en un contrato de *factoring*, con respecto a las obligaciones vencidas y aplicando lo expuesto, en el caso de que el incumplimiento del cliente de *factoring* fuese anterior a la declaración del concurso, el derecho de crédito del factor *in bonis* a la prestación incumplida tendrá carácter concursal; si el incumplimiento del cliente de *factoring* fuese posterior a la declaración del concurso, el derecho de crédito del factor *in bonis* a la prestación incumplida se satisfará con cargo a la masa.

Es importante recalcar que el artículo 163 TRLCon se refiere únicamente a los contratos de tracto sucesivo. Así lo ha aclarado la doctrina, fundamentándolo en la dicción del precepto, que parece pensando únicamente para este tipo de contratos (por ejemplo, se refiere a las obligaciones vencidas e incumplidas por el concursado antes de la declaración de concurso cuando tal incumplimiento anterior solo ha sido contemplado

---

<sup>770</sup> STS de 19 de julio de 2016, recurso núm. 590/2014, (RJ 2016\3422).

<sup>771</sup> Fundamento de Derecho segundo, apartado cuarto: «Respecto de las obligaciones ya vencidas, procede la liquidación de la relación jurídica. Para ello, partiendo de que el cumplimiento de la parte *in bonis* y el incumplimiento del concursado han justificado la resolución del contrato, el artículo 62.4 LCon – ahora art. 163 TRLCon – reconoce a la parte *in bonis* su derecho de crédito a las prestaciones incumplidas por la concursada, pero atribuye a este crédito un distinto tratamiento según este incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración de concurso».

por la Ley para los contratos de tracto sucesivo – *vid.* artículo 160 TRLCon –)<sup>772</sup>. E igualmente, así lo entiende el Tribunal Supremo, que ha determinado que la resolución por incumplimiento de los contratos de tracto único tiene eficacia restitutoria *ex tunc* también en el supuesto de incumplimiento contractual del concursado, no siendo por tanto aplicable a estos casos la solución del artículo 163 TRLCon<sup>773</sup>. Por tanto, en cuanto a los contratos de tracto único la resolución, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, tiene eficacia retroactiva *ex tunc*, y este efecto se producirá tanto en la resolución por incumplimiento del régimen común (art. 1124 CC), como en la resolución por incumplimiento del régimen concursal (art. 161 TRLCon)<sup>774</sup>. Sobre la

---

<sup>772</sup> Así se declara por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 87, indicando: «no parece aventurado afirmar que el artículo 62.4 de la Ley Concursal – art. 163 TRLCon – sólo está pensado en la resolución de los contratos de tracto sucesivo», fundamentando esta idea «en primer lugar, en el dato de que la norma citada únicamente contempla aquellos casos en los que hay obligaciones futuras pendientes y obligaciones cumplidas por uno de los contratantes (el *in bonis*) e incumplidas por otro (el concursado); no contempla las prestaciones ejecutadas por ambas partes, porque, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, la resolución no les afecta. Y, en segundo lugar, en el hecho de que se refiera a las obligaciones vencidas e incumplidas por el concursado antes del concurso cuando tal incumplimiento anterior sólo ha sido contemplado por la Ley para los contratos de tracto sucesivo».

<sup>773</sup> Así en la STS de 19 de julio de 2016, recurso núm. 590/2014, (RJ 2016\3422), tras determinar que a los contratos de tracto sucesivo les resulta aplicable la norma contenida actualmente en el artículo 163 TRLCon, que con respecto a las obligaciones vencidas reconoce a la parte *in bonis* «su derecho de crédito a las prestaciones incumplidas por la concursada», atribuyendo a este crédito un distinto tratamiento según este incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración de concurso, señala que los efectos de la resolución de un contrato de tracto único son diferentes, pues «en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un solo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodo de tiempo iguales o no. De modo que, en principio, un cumplimiento parcial de esta obligación no satisface el interés y la obligación correlativa de la contraparte». Sigue diciendo «De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución en estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo recibido». Aclara el Alto Tribunal que aunque este efecto restitutorio no venga expresamente previsto en la norma hoy ubicada en el artículo 163 TRLCon, ello no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del concursado. Reitera la doctrina de esta sentencia la STS de 12 de mayo de 2017, recurso núm. 3067/2014, (RJ 2017\2294).

<sup>774</sup> Antes de que se pronunciara el Tribunal Supremo, autores como MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pp. 86 y 87, se decantaban por esta solución. La autora destacada indica que las reglas del actualmente artículo 163 TRLCon relativas a las obligaciones vencidas no pueden ser aplicadas en los casos de resolución de los contratos de tracto único, y especialmente a aquellos en los que las prestaciones de una o ambas partes resultan fraccionadas. Señala que las reglas acogidas por el actual artículo 163 TRLCon no sirven para resolver los problemas que plantea la resolución de los contratos de tracto único: «esas reglas, que distinguen entre las obligaciones que tenían que haber sido cumplidas por el deudor antes del concurso y las que tenían que haberlo sido después del mismo, y que conducen a un doble tratamiento de las consecuencias de la resolución en los supuestos de incumplimientos del concursado anteriores y posteriores al concurso, tienen sentido cuando las prestaciones de cada una de las partes son divisibles, esto es, cuando son autónomas respecto de las demás y cada una de ellas sirve para satisfacer el interés

calificación del crédito a la restitución de la parte *in bonis* surgido como consecuencia de la resolución por incumplimiento en este tipo de contratos, el Tribunal Supremo ha determinado que es contra la masa<sup>775</sup>.

Llegados a este punto, toca referirnos al segundo apartado del artículo 163 TRLCon: «*En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda*». Esto es, si se resuelve el contrato de *factoring*, el crédito que corresponda al factor *in bonis* por la prestación vencida e incumplida por el cliente-concursado incluirá el resarcimiento de daños y perjuicios procedente, siguiendo por tanto el mismo régimen: el crédito a la indemnización de los daños será concursal cuando el cliente de *factoring* hubiera incumplido su prestación antes de la declaración de concurso y será contra la masa si hubiese incumplido después de la declarado el concurso<sup>776</sup>. Como establece algún autor<sup>777</sup>, si existiesen incumplimientos anteriores y posteriores, habría que distinguir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento anterior y los derivados del incumplimiento posterior, de forma que el crédito por los primeros será concursal y por los segundos será contra la masa.

---

*del acreedor, que es lo que sucede en los contratos de tracto sucesivo. Pero no lo tienen en los contratos de tracto único, en los que las prestaciones fraccionadas forman parte de una prestación única, y aisladamente consideradas no sirven para satisfacer el interés del acreedor».*

Vid. también GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 132, así como SALELLES CLIMENT, J.R., «Art. 62», cit., p. 706.

<sup>775</sup> STS de 19 de julio de 2016, recurso núm. 590/2014, (RJ 2016\3422) – específicamente, Fundamento de Derecho segundo –; STS de 12 de mayo de 2017, recurso núm. 3067/2014, (RJ 2017\2294): «*Resuelto un contrato de tracto único por incumplimiento del concursado, la obligación de restituir las cantidades entregadas a cuenta por el comprador – parte in bonis – es con cargo a la masa*». Antes de que se pronunciara el Alto Tribunal se declaraba así por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 89, y por SALELLES CLIMENT, J.R., «Art. 62», cit., p. 706.

<sup>776</sup> Debemos recordar que el artículo 163 TRLCon se refiere únicamente a los contratos de tracto sucesivo. En caso de resolución por incumplimiento de un contrato de tracto único, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., p. 90, ha determinado que el resarcimiento de la parte *in bonis* por los daños y perjuicios causados será con cargo a la masa cuando el incumplimiento se haya producido tras la apertura del procedimiento concursal (única posibilidad para resolver este tipo de contrato de acuerdo con la tesis defendida en este trabajo), en virtud de la norma contenida hoy en el artículo 242.9º TRLCon *in fine*.

<sup>777</sup> MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 112; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1172.

Por último, cabe destacar que el TRLCon no se ocupa de las consecuencias del incumplimiento de la parte *in bonis* en su artículo 163. La norma está pensando en el incumplimiento del concursado, a pesar de reconocerse en los artículos 160 y 161 TRLCon que la facultad de resolución de los contratos en el concurso puede ejercitarse por incumplimiento de cualquiera de las partes. En este punto debemos entender que los efectos son los que determinan las reglas generales de Derecho de los contratos. Así, en el caso que tratamos, si el factor *in bonis* incumple, la resolución tendrá carácter *ex nunc* (se extinguirán las obligaciones pendientes de vencimiento y las vencidas y cumplidas por sólo una parte, debiéndose restituir en este último caso por la parte incumplidora la prestación recibida). El derecho de restitución que correspondiese al cliente concursado se integrará en la masa activa del concurso, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (en los casos que procedan)<sup>778</sup>.

## **5.2. Resolución judicial del contrato en interés del concurso**

Siguiendo el orden determinado en el TRLCon, la otra opción de resolución del contrato es la resolución en interés del concurso. Esta posibilidad, establecida en la Subsección 2ª de la Sección 2ª del Capítulo IV del Título III, Libro Primero del TRLCon, se ha identificado por algún autor como «resolución sin incumplimiento»<sup>779</sup>. Como se ha destacado en el apartado precedente, la normativa concursal establece la posibilidad de mantener el contrato en interés del concurso, aunque exista causa de resolución (art. 164 TRLCon) y la posibilidad de resolverlo aunque no exista causa resolutoria, también en aras del interés del concurso (art. 165 TRLCon)<sup>780</sup>.

---

<sup>778</sup> Con carácter general, así se admite por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pp. 91 y ss., y en «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», cit., p. 1172, así como por JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 145.

<sup>779</sup> Así, BLASCO GASCÓ, F.P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, 2009, pp. 47 y ss.

<sup>780</sup> SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 190: «Por un lado, la norma reconoce el paralelismo entre la posibilidad de mantener el contrato en interés del concurso y la posibilidad de resolverlo en aras de ese mismo interés, de modo que ninguna de estas facultades tiene carácter discrecional».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

La subsección dedicada a esta materia solo contiene un precepto: el artículo 165. Se ha destacado por la doctrina la extrañeza del cambio de técnica legislativa a la hora de regularizar esta disciplina en comparación con las demás integradas en el Capítulo IV y precedentes a ella, como la resolución por incumplimiento<sup>781</sup>: si bien en ese caso se ha fragmentado el ya derogado artículo 62 LCon en cinco artículos (160 a 164 TRLCon), en la resolución en interés del concurso contamos con un solo precepto de cierta extensión (art. 165 TRLCon), que contiene, repartidos en sus tres apartados, la regulación tanto de la posibilidad de resolver el contrato en interés del concurso, como la legitimación, el ejercicio y los efectos de dicha resolución.

El actual artículo 165 TRLCon sustituye al segundo párrafo del artículo 61.2 LCon, cuyo primer párrafo regulaba los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Así, la resolución en interés del concurso se encontraba integrada en el artículo 61.2 LCon, haciendo complicada su identificación y aplicación<sup>782</sup>. Consideramos, por tanto, acertado que el TRLCon dedique a la resolución en interés del concurso una subsección y un artículo propio, pues dicha alteración sistemática sí contribuye, en nuestra opinión, a la clarificación e identificación de la norma, siendo éste uno de los objetivos del TRLCon<sup>783</sup>. Ahora bien, todo lo contrario podemos decir sobre la alteración de la

---

<sup>781</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 912: «Nada hay que objetar, salvo la extrañeza de desconocer los motivos, si los hay, para emplear criterios tan dispares de técnica legislativa: la fragmentación de las disposiciones anteriores (arts. 156 a 164) y la agrupación en un solo precepto, de las normas que se ocupan de la resolución en interés del concurso».

<sup>782</sup> Refiriéndose a la falta de sistemática de la LCon en cuanto a la posible resolución del contrato, vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 290.

<sup>783</sup> Vid. exposición de motivos del TRLCon (II): «El texto refundido de la Ley Concursal debe ser el resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes. (...) La doctrina del Consejo de Estado ha señalado que regularizar, aclarar y armonizar textos legales supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y, en segundo lugar, la posibilidad de alterar la literalidad de los textos para depurarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear. En primer lugar, la alteración de la sistemática facilita la identificación de la norma y la comprensión de la función que cumple. Con la nueva sistemática, se aspira a que la aplicación del derecho no tenga como

literalidad del texto de la LCon efectuada: si bien el segundo párrafo del artículo 61.2 LCon limitaba la resolución en interés del concurso a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes – pues este párrafo enlazaba con lo dispuesto en el que le precedía, el cual hacía referencia a aquellos supuestos –, el actual artículo 165 TRLCon, en su apartado primero, establece dicha posibilidad resolutoria refiriéndose a «*cualquier contrato con obligaciones recíprocas*». En concreto, el precepto dispone lo siguiente: «*1. Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso*».

Como veremos en este apartado, la resolución en interés del concurso genera créditos contra la masa, tanto por las restituciones que procedan como por la indemnización que corresponda<sup>784</sup>. En los casos del artículo 157 TRLCon – contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por solo uno de los contratantes –, si es la parte *in bonis* la que ha cumplido íntegramente, su crédito se integra en la masa pasiva del concurso. Por tanto, en dichos supuestos no tendría sentido que la administración concursal o el concursado (únicos legitimados por el art. 165 TRLCon) ejercitaran la resolución en interés del concurso, que transformaría ese crédito concursal de la parte *in bonis* referente a su contraprestación, en un crédito contra la masa relativo a la restitución de la prestación que hubiese realizado<sup>785</sup>.

---

*presupuesto la previa localización de la norma a aplicar. La determinación del derecho aplicable no puede tener mayores dificultades que la interpretación jurídica de las leyes».*

<sup>784</sup> Tal y como establece MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1148, se puede acordar por el concursado, la administración concursal y la contraparte que las restituciones que procedan y la indemnización de los daños y perjuicios se satisfagan en el concurso (en caso de que tenga lugar la comparecencia ante el juez del concurso regulada en el artículo 165.2 TRLCon). No obstante, se trataría de algo hipotético, pues es difícil de imaginar que la parte *in bonis* acepte la satisfacción en el concurso de aquellos conceptos – cuestión afirmada también por la autora, si bien con referencia a la indemnización de daños y perjuicios (pp. 1154 y 1155) –. Calificando el supuesto como improbable e hipotético, MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 95; ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 121.

<sup>785</sup> Así ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 106, destacando que si los contratos están pendientes de cumplimiento solo por el concursado, el crédito de la parte *in bonis* pendiente será concursal «*y no tendría sentido que la administración concursal o el*

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Teniendo en cuenta lo expuesto, no podemos quedarnos con una interpretación literal o legalista del artículo 165.1 TRLCon y entender que la resolución en interés del concurso es posible en «*cualquier contrato con obligaciones recíprocas*». Tal y como advierte autorizada doctrina, «*colocar la gramática por encima de la equidad, cerrar los ojos ante los absurdos resultados de la interpretación literal, hiere el sentimiento natural de la Justicia*»<sup>786</sup>.

En este punto, es necesario realizar la labor hermenéutica conforme a los criterios establecidos en el artículo 3.1 CC: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». De este precepto se extrae que la consideración de la letra del texto normativo no es el único elemento para desvelar el significado de las normas: también se han de tener en cuenta otros cánones, además de la *ratio legis* (espíritu y finalidad)<sup>787</sup>. La *ratio legis* o razón de ser de la resolución que aquí tratamos es que el concurso pueda liberarse de los pagos contra la masa de aquellos contratos que tienen su ámbito de aplicación en el artículo 158 TRLCon, cuando ello fuera «*necesario o conveniente para el interés del concurso*». Esto es, la resolución en interés del concurso se prevé para descargar al concurso del cumplimiento con cargo a la masa de contratos que no interesan, por no considerarse útiles o ventajosos, siendo en

---

*concurrido pudiera ejercitar “en interés del concurso” la resolución, que podría transformar ese crédito concursal en un crédito contra la masa».*

*Vid. también RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 292, autores que determinan que los contratos a los que se refiere la resolución en interés del concurso son los que tienen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, explicando que así se deduce tanto del tenor literal del (ya derogado) artículo 61.2 LCon como del hecho de que los efectos de la resolución se consideren como créditos contra la masa: «Desde el punto de vista del interés del concurso, y atendiendo al criterio que sigue la Ley, no sería razonable que un crédito concursal derivado de un contrato en el que la contraparte del concursado ha cumplido todo lo que le incumbía se convierta en crédito contra la masa, por mor de esa resolución».*

<sup>786</sup> Son palabras de DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5ª edición, Madrid, 1970, p. 102, a las cuales añade: «*Importa mucho la letra de la ley; no tanto hasta convertirla en soberana*».

<sup>787</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Artículo 3», AA.VV., *Código Civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández), Volumen I, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 57.

definitiva la finalidad de la norma (art. 165 TRLCon) la protección del interés del concurso<sup>788</sup>. Éste es un concepto jurídico indeterminado que no aparecía definido en la LCon y tampoco en el TRLCon. El Tribunal Supremo ha establecido que el interés del concurso se refiere «a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado»<sup>789</sup>.

La doctrina<sup>790</sup> determina que el fin o finalidad de la ley, su *ratio*, no es un simple dato para la interpretación, pues constituye su objeto, bastando descubrirlo para tener «el verdadero conocimiento de las leyes». El CC otorga prioridad al significado de la norma que resulta de su *ratio legis* o razón de ser («Las normas se interpretarán (...) atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»), por lo que de existir discrepancia entre la *ratio legis* y la literalidad del precepto, deberá ser resuelta atendiendo al primer criterio, o sea, atendiendo a su espíritu y finalidad<sup>791</sup>. Así, de

---

<sup>788</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., pp. 290 y 291: «Asegurada la calificación del crédito pendiente de satisfacción por el concursado, e incentivado así el cumplimiento por la parte in bonis, era preciso establecer una regla como la que ahora se comenta a fin de cerrar el catálogo de opciones en protección de la masa de acreedores concursales, de modo que no se condene al concurso a tener que llevar a sus espaldas el cumplimiento de prestaciones que, a lo mejor, revisten escasa utilidad, o la tienen, pero pueden obtenerse en mejores condiciones de otros sujetos».

<sup>789</sup> STS de 10 de noviembre de 2016, recurso núm. 2694/2014, (RJ 2016\5408) – específicamente Fundamento de Derecho segundo, punto 6 –. En el mismo sentido parece manifestarse BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1779: el autor, tras determinar que el interés del concurso se refiere a procurar un mayor grado de satisfacción de los acreedores concursales, añade que «a tal efecto, debe tenerse presente que la solución de la crisis patrimonial puede tratar de alcanzarse a través de la liquidación del activo concursal o por medio de la refluotación de la empresa, de manera que, en atención al escenario considerado, en unos casos habrá de estimarse la relación controvertida desde una perspectiva estática, con respecto al valor de las respectivas prestaciones, y en otros casos también tendrán que ponderarse aspectos dinámicos, es decir, la trascendencia funcional del contrato para el desarrollo de la actividad empresarial».

<sup>790</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*, cit., p. 107.

<sup>791</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Artículo 3», cit., p. 61: «Al establecer el artículo 3.1 CC una ordenación jerárquica de los cánones resuelve otro problema tradicional de la interpretación; a saber: si en la labor hermenéutica debía otorgarse prioridad al significado de una norma que resulta de su consideración literal o al que se deriva de atender al espíritu o finalidad de la misma. El Código Civil resuelve el problema expuesto y lo hace otorgando prioridad al significado de la norma que resulta de emplear el elemento lógico (“atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad de las normas”). Por ello, de existir en algún caso discrepancia, deberá ser resuelta atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, en detrimento a su consideración literal». En el mismo sentido y apuntando la STS de 11 de julio de 1989, (RJ 1989\5748), VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 3 del CC»,



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

conformidad con lo explicado, debe entenderse que la resolución en interés del concurso solo es posible en el supuesto de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 158 TRLCon)<sup>792</sup>. Así también lo entendieron los tribunales y, entre ellos, el Tribunal Supremo, vigente la LCon<sup>793</sup>.

Volviendo con la alteración de la literalidad del texto de la LCon (art. 61.2.II), consideramos que, si bien en este caso de la resolución en interés del concurso una alteración literal era necesaria, pues se ha convertido el segundo párrafo del ya derogado artículo 61.2 LCon en un precepto individualizado, no creemos que las palabras utilizadas para determinar el ámbito de aplicación del nuevo artículo 165 TRLCon hayan sido las adecuadas. Al establecerse dicha posibilidad para «*cualquier contrato con obligaciones recíprocas*» el intérprete puede entender que también es posible resolver en interés del concurso los contratos a los que se les aplique el artículo 157 TRLCon (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por uno de

---

AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 54.

<sup>792</sup> Llega a la misma conclusión MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso», cit., p. 914, si bien con base a fundamentos diversos a los aquí expuestos.

Contra, SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., pp. 190 y 191: «*Por otro lado, frente a lo previsto en la Ley Concursal (art. 61.2.II), la resolución judicial en interés del concurso podrá ejercerse ante cualquier contrato con obligaciones recíprocas, y no solo cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, si bien, únicamente, cuando resulte necesario o conveniente para el interés del concurso (...). Se solventan así los debates en torno al ámbito de aplicación de la norma, que, en la Ley Concursal, se entiende limitado a los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes*».

<sup>793</sup> Este dato también se señala en el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon (p. 80, apartado 244), no obstante dicho informe plasme y comparta la teoría de SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., pp. 190 y 191 (*vid. nota anterior*).

En cuanto a la jurisprudencia menor, destacamos la SJMerc núm. 8 de Barcelona, de 6 de mayo de 2010, (AC 2010\1031), la cual trata sobre la resolución en interés del concurso ejercitada por la administración concursal para un contrato de *leasing*, y establece: «*Debemos partir, en primer lugar, que únicamente podremos resolver por la vía del art. 61.2.2 – en interés del concurso – o del art. 62 – en caso de incumplimiento – los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (se refiere a pendiente de cumplimiento por ambas partes) y el contrato que nos ocupa no es de tal naturaleza*». En cuanto al Tribunal Supremo, éste determina en las SSTS de 11 de octubre de 2011, recurso núm. 1457/2008, (RJ 2011\7407) y de 10 de noviembre de 2016, recurso núm. 2694/2014, (RJ 2016\5408), que la resolución del contrato en interés del concurso se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contratante.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

los contratantes), posición errónea bajo nuestro juicio, de acuerdo con lo explicado, y que además conllevaría admitir un exceso *ultra vires* del legislador<sup>794</sup>.

Por tanto, según lo defendido, en los casos a los que se les aplique al contrato de *factoring* el artículo 158 TRLCon, por existir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del cliente concursado como del factor, existe la posibilidad de su resolución si se estima conveniente o necesario para el interés del concurso. Este concepto ha sido determinado por el Tribunal Supremo, como ya hemos indicado, estableciendo que se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, siendo ésta «*la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado*».

Lo conveniente o necesario para el interés del concurso dependerá de cada caso particular y podrá variar a lo largo del procedimiento. En el caso del contrato de *factoring*, se ha destacado que hay razones para pensar que mantener el contrato será lo más favorable si la actividad del concursado continúa<sup>795</sup>. Obviamente, el servicio de financiación que existe en el *factoring* con regreso y sin regreso pueden aliviar las dificultades de liquidez del concursado: normalmente, al concurso le convendrá los

---

<sup>794</sup> No se entiende así en el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon (p. 80, apartado 244), que afirmando que el texto, a diferencia de la LCon, refiere esta facultad también a los casos de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una parte (art. 157 TRLCon), añade que ello no contraviene el marco de la autorización conferida al Gobierno, atendiendo a los términos disyuntivos con los que se expresa el precepto y a que dicha posibilidad se halle vinculada a la conveniencia o necesidad del interés del concurso.

Sin embargo, los límites de la refundición, incluso ampliamente concebida como en este caso, se encuentra en la proscripción de la innovación normativa, teniendo vedado el legislador incluir nuevas figuras jurídicas o nuevas normas, o darles un tratamiento nuevo o distinto al de la legislación objeto de la refundición, encontrándose estas palabras también en el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon (pp. 4 y 8, apartados 11 y 22).

<sup>795</sup> ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 260. Contra LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 82, los cuales entienden que los créditos comerciales del concursado deben vincularse a la satisfacción de los acreedores: «*A partir de la declaración del concurso, el crédito comercial del deudor común debe quedar afectado a los intereses concursales con el fin de lograr el aseguramiento de la masa de la insolvencia, ya que constituye una de las principales fuentes de flujos de ingresos*». Por ello, indican que «*resulta imprescindible proceder a la resolución*». No obstante, en este sentido, tal y como acertadamente argumenta ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 260: «*en realidad, el crédito comercial fluye a los acreedores, pues es anticipado por la entidad de *factoring* contra la cesión del crédito, salvo lo que se refiere al coste financiero y a la comisión correspondiente, algo que, en estas circunstancias, podría resultar irrelevante*».

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

anticipos de los créditos que el concursado (cliente de *factoring*) ostente frente a sus propios clientes (deudores cedidos). El coste del mantenimiento del contrato de *factoring* (intereses y comisiones descontadas) puede resultar menor que el de otras fuentes de financiación alternativas. Además, el contrato de *factoring* puede ser la única vía de financiación del cliente concursado<sup>796</sup>, de modo que su resolución daría lugar a importantes inconvenientes<sup>797</sup>.

Se ha señalado por la doctrina que uno de los factores que deben tomarse en consideración a la hora de apreciar la conformidad de la resolución con el interés del concurso viene constituido por la comparación de las condiciones del contrato pendiente de ejecución con las de otro que pudiera celebrarse para satisfacer la misma necesidad<sup>798</sup>. Sin embargo, en el caso del *factoring* – como ya expusimos<sup>799</sup> – las sociedades de *factoring*, antes de celebrar el contrato, aparte de valorar la cartera de clientes del interesado solicitante, realizan una valoración de su situación, como en cualquier otro contrato de financiación. Si éste está en concurso, o rechazarán celebrar el contrato por esa circunstancia (pues lógicamente conlleva un mayor riesgo para el factor), o lo celebrarán estableciendo unas comisiones e intereses más altos – esto es, con condiciones más gravosas –.

Si el contrato de *factoring* es en comisión de cobranza, se ha destacado por algún autor que es favorable su mantenimiento en el concurso, pensando en empresas de

---

<sup>796</sup> ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 260, señala que lo más probable es que no existan en absoluto fuentes de financiación alternativas. Refiriéndose al descuento, el profesor MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., p. 840 (específicamente en nota núm. 60), determina que la línea de descuento puede ser la única vía de financiación que permita al descontatario mantener sus expectativas de superar la situación de insolvencia que le ha conducido al concurso, si además, consigue algunas facilidades de pago a través del convenio.

<sup>797</sup> Estos aspectos positivos para el mantenimiento del contrato de *factoring* en el concurso de acreedores son expuestos por ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 260

<sup>798</sup> MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., p. 850 (específicamente nota núm. 75). Sobre este criterio *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1147.

<sup>799</sup> *Vid. supra* apartado 2.1 del capítulo cuarto.

grandes dimensiones que emplean este contrato como alternativa a la existencia de un departamento interno encargado de la gestión de los créditos y que debería crearse si se resolviese el contrato de *factoring*<sup>800</sup>. Nosotros vemos más dudoso el interés del concurso en el mantenimiento de este tipo de contrato de *factoring*: en la práctica, lo más habitual es que una empresa de grandes dimensiones tenga su departamento interno encargado de la gestión de cobro y contabilización de los créditos. Y en el caso de que el concursado fuese una pequeña o mediana empresa, si se hubiese contratado el *factoring* por el motivo señalado, no sería necesario la creación de un departamento encargado de esa tarea si se resolviese, teniendo en cuenta que el volumen de operaciones, y por tanto de créditos comerciales, será menor.

Si el cliente de *factoring* concursado – en régimen de intervención – o la administración concursal – en caso de régimen de suspensión – entiende que la resolución del contrato es más favorable para el concurso (en el caso de *factoring* con regreso y sin regreso, no obstante los aspectos positivos expuestos), podrá solicitar aquélla, siendo los únicos legitimados. Parte de la doctrina considera que en caso de intervención el concursado debe contar con la autorización de la administración concursal, centrándose en que la solicitud de resolución equivale a un acto de disposición de bienes de la masa activa, pues supone la extinción de un derecho de crédito correspondiente al contrato pendiente<sup>801</sup>. Otro sector doctrinal<sup>802</sup> entiende que en

---

<sup>800</sup> ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 260: «*en términos de costes, es casi seguro que pagar las correspondientes comisiones por la gestión es menos oneroso que asumir el coste alternativo*». Según el autor, no solo es más favorable mantener el contrato de *factoring* en este caso, sino incluso necesario.

<sup>801</sup> Así, VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 695: «*en los casos de intervención hay que entender que cuando la Ley concursal habla de “petición del deudor” debe entenderse conforme al régimen instaurado: petición del deudor lo es la del concursado, con la conformidad de la administración concursal*». Añade el autor que «*“un capricho” del deudor, sin refrendo por los administradores de que su decisión es congruente y acertada, no debe dar lugar al incidente previsto en la norma, que tanto puede dilatar y complicar el proceso*». En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., pp. 698 y 700. Los profesores RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 291, destacan que «*sorprende en este punto que en caso de intervención se deje la decisión sobre la solicitud en exclusiva al concursado*» considerando que posiblemente deba entenderse que la solicitud del concursado debe respaldarse por la del administrador concursal, de acuerdo con las reglas generales. Explica que la resolución en interés del concurso equivale a la realización de un acto de disposición de bienes de la masa activa MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1149.

caso de intervención el legitimado por la Ley es el concursado, sin que sea necesario que requiera la conformidad de la administración concursal, mostrándonos nosotros conformes con esta tesis<sup>803</sup>. Durante la vigencia de la LCon, los autores pertenecientes a este último sector explicaban que ello se encontraba justificado en que la administración concursal iba a tener conocimiento de la solicitud de resolución en la comparecencia ante el juez que se regulaba en el segundo párrafo del artículo 61.2, teniendo que pronunciarse a favor o en contra de aquella. No obstante, si bien dicha comparecencia se establecía como necesaria y automática en la LCon – pues el artículo 61.2.II LCon determinaba que, solicitada por cualquiera de los legitimados la resolución del contrato en interés del concurso «*el secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte del contrato*»<sup>804</sup> –, en el

---

<sup>802</sup> MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 90; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1779; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1149; JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., p. 137; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso», cit., p. 915.

<sup>803</sup> La jurisprudencia también entiende que el concursado está legitimado en los casos de intervención, sin que sea necesario autorización o confirmación de la administración concursal: así en la STS de 5 de septiembre de 2013, recurso núm. 376/2012, (RJ 2013\7423), se describe en los antecedentes que en este caso fue la propia concursada la que solicitó la resolución de nueve contratos en interés del concurso, estimándose luego aquella por el Juzgado de lo Mercantil. Asimismo, en la STS de 20 de noviembre de 2018, recurso núm. 3644/2015, (RJ 2018\5178), también se describe en el resumen de los antecedentes que fue el concursado quien solicitó la resolución en interés del concurso de un contrato, concretamente de arrendamiento. En el supuesto que trata la SJMerc núm. 1 de Madrid, de 21 de octubre de 2005 (AC 2009\2132), fue también el concursado el que solicitó la resolución en interés del concurso de determinados contratos – en este caso se trataban de contratos de *renting* – determinando el juez lo siguiente: «*en el presente incidente nos encontramos ante el ejercicio de la facultad que el artículo 61.2 segundo párrafo LC atribuye al concursado – para el caso, como en el presente, en que sus facultades patrimoniales se hallan meramente intervenidas según lo previsto en el artículo 40.1 LC – por la que puede solicitar la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento – como ocurre con los contratos de renting de naturaleza bilateral, objeto del presente incidente – en los que fuese parte, si tal resolución lo es en interés del concurso*».

<sup>804</sup> El contenido completo del párrafo segundo del artículo 61.2 LCon era el siguiente: «*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización*».

TRLCon se establece como opcional, pues el artículo 165.2 dispone lo siguiente: «*Antes de presentar la demanda ante el juez del concurso, las personas legitimadas podrán solicitar al Letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte a una comparecencia ante el juez del concurso...*». En cualquier caso, si el concursado intervenido optara por interponer directamente la demanda incidental de resolución sin solicitar dicha comparecencia, la administración concursal también tendría conocimiento de la solicitud de resolución, pues una vez admitido a trámite el incidente por el juez se emplaza a las demás partes personadas para que contesten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>805</sup> (LEC en adelante), por lo que el administrador concursal se pronunciará a favor o en contra (arts. 509 y 536.3 TRLCon).

Como vemos, en este caso la consideración de lo necesario o conveniente para el interés del concurso corresponde al concursado o a la administración concursal, siendo los legitimados para instar la resolución<sup>806</sup>. En cuanto al plazo en el que pueden solicitar la acción de resolución del contrato en interés del concurso, no lo establecía la LCon y tampoco lo fija el TRLCon<sup>807</sup>. Un sector doctrinal sostiene que no es posible su ejercicio en cualquier momento, pues de ser así existiría una amenaza permanente de

---

<sup>805</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

<sup>806</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 675, señala que la administración concursal o el concursado son «*jueces de la oportunidad de mantener o no los contratos*». Si bien la LCon únicamente se refería a lo «*conveniente al interés del concurso*», el TRLCon ha añadido el término «*necesario*», manteniendo el de «*conveniente*» (art. 165.1). Como acertadamente destaca MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso», cit., p. 914, ello no aclara nada respecto a la norma precedente: «*Si se podía solicitar la resolución del contrato por ser conveniente al interés del concurso, iba de suyo que con mayor razón cuando era necesario. Otra cosa hubiera sido (y no le correspondía a un Texto Refundido) condicionar la decisión de resolver el contrato a su “necesidad” para el concurso, lo que hubiera limitado considerablemente la discrecionalidad valorativa inherente a la decisión*». Desde el punto de vista de SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 192, «*la precisión se dirige a evitar que la conveniencia se identifique en todo caso con la necesidad; si así fuera la resolución sólo resultaría conveniente para el interés del concurso cuando es necesaria*».

<sup>807</sup> Criticando que el TRLCon no fije plazo límite para solicitar la resolución en interés del concurso, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso», cit., p. 915. También sobre el tema del plazo, SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 192, que en relación con la Propuesta de TRLCon destacaba: «*llama la atención que no introduzca un plazo legal para el ejercicio de la resolución en interés del concurso*».

resolución para la parte *in bonis*, contraria a la buena fe (art. 7.1 CC)<sup>808</sup>. A nuestro juicio, el interés del concurso es un concepto dinámico que puede ir variando a lo largo del concurso y tiene prioridad sobre las aspiraciones de certidumbre del contratante *in bonis*<sup>809</sup>. En el caso del contrato de *factoring*, el factor debe tener presente que, una vez declarado el concurso del cliente-cedente, el contrato seguirá en vigor, pudiendo instarse su resolución porque así interese al concurso en cualquier momento – siempre que esté dentro del supuesto de hecho del art. 158 TRLCon – incluso aunque se haya seguido realizando las prestaciones establecidas en él tras la declaración de concurso<sup>810</sup>.

Tomada la decisión de resolver el contrato de *factoring* en interés del concurso, el trámite se iniciará por demanda incidental interpuesta por los legitimados ante el juez del concurso. Si antes de presentar la demanda los legitimados solicitan al Letrado de la Administración de Justicia la comparecencia ante el juez del concurso regulada en el artículo 165.2 TRLCon, aquél citará al cliente-concurtido, a la administración

---

<sup>808</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pp. 1150 y 1151; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 701; MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pp. 90 y 91; GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 679; CLEMENTE MEORO, M.E., «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», cit., p. 211; SALELLES CLIMENT, J.R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal», cit., p. 3178; JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pp. 138 y 139. Este último autor apunta que es más correcto entender que la administración concursal, o en su caso el concursado disponen solo de un cierto plazo para ejercitar la acción de resolución en interés del concurso, añadiendo: «*este límite temporal se puede fundamentar de forma correcta en la doctrina sobre el “retraso desleal” en el ejercicio de los derechos (...). Como se sabe, una de las concreciones del deber de actuar conforme a la buena fe consiste en la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando su titular no se ha preocupado de hacerlo valer durante cierto periodo de tiempo y esta conducta omisiva ha provocado que la parte contraria pueda confiar objetivamente en que el derecho ya no se ejercerá*».

<sup>809</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., pp. 1779 y 1780: «*Se pone de manifiesto así el criterio legal de conceder prioridad al interés del concurso sobre las (también) legítimas aspiraciones de certidumbre de los contratantes in bonis, de manera que la valoración del interés del concurso a estos efectos se configura con un carácter dinámico y circunstancial*».

<sup>810</sup> BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1779: «*La Ley no señala plazo para el ejercicio de la acción de resolución “voluntaria”, lo que nos induce a entender que puede instarse en cualquier momento, incluso respecto de contratos de tracto sucesivo en relación con los que hayan tenido lugar actos de ejecución periódicos después de la declaración de insolvencia, y también de los que se hayan incumplido en esta etapa*».

concurral y al factor *in bonis* para que concurran a ella. Si existe acuerdo entre los convocados con respecto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato en interés del concurso, de conformidad con lo acordado. Es decir, el acuerdo vincula al juez: éste carece de competencia para valorar si conviene o no al concurso. En el supuesto de que hubiese discrepancias entre las partes citadas a la comparecencia «*cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el párrafo anterior*»<sup>811</sup>.

Puede darse el caso de que en la comparecencia opcional del artículo 165.2 TRLCon exista acuerdo sobre la resolución pero discrepancia con respecto a sus efectos. Presentada, tras ello, demanda incidental de resolución, existe disparidad en la doctrina sobre si la decisión del juez debe limitarse a lo que es objeto de controversia – esto es, a los efectos de la resolución – o si el juez debe pronunciarse también sobre si procede o no la resolución en interés del concurso, no quedando vinculado por la decisión de las partes en este sentido. A favor de esta última tesis se pronuncia algún autor<sup>812</sup>, manifestando que en dicho supuesto no ha existido acuerdo entre los implicados, aunque la causa del desacuerdo sea la divergencia en los efectos de la resolución. No obstante, otro sector de la doctrina, con el que mostramos nuestra conformidad, entiende que en este caso – acuerdo en la resolución del contrato, desacuerdo en sus efectos – el juez debe limitarse a determinar los efectos con arreglo a lo establecido en el artículo 165.3 TRLCon, por ser ello el objeto de la controversia<sup>813</sup>.

---

<sup>811</sup> Se considerará falta de acuerdo cuando no asista a la comparecencia la parte *in bonis* o el no instante de la resolución – el concursado o la administración concursal, según estemos ante un caso de intervención o de suspensión de las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor – (BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1781). Contra GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 703, determinando que, en caso de incomparecencia de la parte *in bonis* «*el juez podría dar por resuelto el contrato en los términos y efectos propuestos*».

Si no asistiese el promotor de la solicitud – concursado o administrador concursal – se tendrá la solicitud como desistida (art. 442.1 LEC). Así se destaca por BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1781 y por ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 118.

<sup>812</sup> MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración del concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pp. 92 y 93.

<sup>813</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 704: «*La resolución judicial solo podrá referirse a lo que es objeto de controversia (el alcance de la resolución) y no, por tanto, a la oportunidad del ejercicio de la facultad resolutoria*». Asimismo, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia



## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

Podemos apreciar con respecto a este procedimiento de resolución de los contratos en interés del concurso que en todo caso hace falta la intervención del juez: tanto si existe comparecencia con acuerdo entre las partes (el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado)<sup>814</sup> como en caso de que no exista acuerdo (se podrá presentar demanda de resolución y el juez decidirá acerca de la misma) o en el supuesto en que dicha comparecencia no sea solicitada (la demanda de resolución se tramitará por los cauces del indicedente concursal y el juez decidirá). La excesiva judicialización que la resolución en interés del concurso conlleva ha sido criticada por algún autor<sup>815</sup>.

Con respecto a los efectos que produce esta resolución, la Ley establece que en el caso de que haya acuerdo entre las partes sobre la resolución y sus efectos, éstos serán los fijados en el mismo. Si no existe acuerdo en ninguno de estos dos aspectos, una vez presentada la demanda de resolución, o si dicha demanda se presenta directamente, el juez decidirá sobre la resolución solicitada y establecerá, en su caso, las restituciones

---

de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1153. Parece que también se manifiesta en este sentido SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., p. 445 (específicamente nota núm. 48).

En la jurisprudencia, conforme a esta tesis, *vid.* SJMerc núm. 1 de Madrid, de 21 de octubre de 2005 (AC 2009\2132): «Una de las primeras cuestiones que deberíamos plantearnos en casos como el presente es si concurre el "interés del concurso" que justifique la resolución contractual. Sin embargo, en el presente incidente tal cuestión no se suscita. Todos los intervinientes se encuentran conformes con que es procedente la resolución de los dieciséis contratos relacionados en los antecedentes de hecho. La única cuestión debatida gira en torno a si tal resolución debe acordarse con la correspondiente indemnización a favor de la entidad demandada, o si procede acordar la resolución sin fijar indemnización alguna. (...) No parece que puedan albergarse dudas sobre la potencialidad de que dentro de los mencionados efectos pudiera incluirse la indemnización de daños y perjuicios causados a la parte contratante in bonis como consecuencia de la resolución anticipada. Sin embargo, para enjuiciar sobre la procedencia de tal indemnización es necesario examinar el caso concreto objeto de controversia».

<sup>814</sup> Sin embargo, la SJMerc núm. 1 de Málaga, de 9 de marzo de 2006 (AC 2006\354) admitió la resolución en interés del concurso de un contrato por mutuo disenso, sin acudir al trámite judicial. Disentimos del criterio del juez en este punto: tal y como establece GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2813, la rigidez de la Ley descarta un acuerdo privado de resolución.

<sup>815</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2813.

que procedan y la indemnización que corresponda a la parte *in bonis*, debiéndose satisfacer ambos conceptos con cargo a la masa (art. 165.3 TRLCCon)<sup>816</sup>.

En cuanto a «*las restituciones que procedan*», tenemos que tener en cuenta que el contrato de *factoring* es de tracto sucesivo, por lo que se resuelve con puros efectos *ex nunc*, no afectando a aquellas prestaciones que hayan sido cumplidas y ejecutadas por ambas partes, sino sólo a las prestaciones cumplidas por una de las partes sin que hayan sido correspondidas por la otra y a las futuras<sup>817</sup>. La resolución en este tipo de contratos no afecta a las obligaciones ya cumplidas por ambas partes porque los pares de prestaciones tienen, tanto del punto de vista económico como jurídico, carácter autónomo, autonomía que deriva del hecho de que estas prestaciones ya realizadas han satisfecho el interés de los contratantes, por lo que pueden separarse sin que por ello quede perjudicada la finalidad del contrato<sup>818</sup>.

Con respecto a «*la indemnización que haya que satisfacerse*», debido a que la resolución que tratamos tiene como consecuencia que un contrato válidamente celebrado se extinga porque así convenga al interés del concurso, se deben resarcir los

---

<sup>816</sup> Vigente la LCon, parte de la doctrina consideraba dudoso que el crédito a la restitución fuese contra la masa (vid. MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración del concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 95, y ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, cit., p. 112). Los autores señalados lo entendían así porque se basaban en el tenor literal del ya derogado artículo 61.2.II LCon, que no ofrecía duda sobre que la indemnización se debía abonar contra la masa, pero sí podía generar incertidumbre con respecto a las restituciones que debían realizarse (el precepto citado disponía que se acordarían por el juez «*las restituciones que procedan y la indemnización que haya que satisfacerse con cargo a la masa*»). Esta misma frase se reproduce en el contenido del artículo 165.3 TRLCCon. No obstante, entendemos que el artículo 242.9º TRLCCon deja claro que ambos conceptos, tanto restitución como indemnización son contra la masa: «*Son créditos contra la masa (...) los que, conforme a esta ley, resulten (...) de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución en interés del concurso...*».

<sup>817</sup> Sobre la resolución *ex nunc*, vid. nota núm. 583. En general, en cuanto al efecto restitutorio, diferenciando según sea el contrato de tracto único o de tracto sucesivo, vid. CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., pp. 473 a 506; MONFORT FERRERO, M.J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, Valencia, 2000, pp. 151 y ss. Asimismo, vid. BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1782: «*en los contratos de tracto único, la obligación de restituir solo surgirá cuando se haya producido una ejecución parcial por parte de algunos de los contratantes, y en los de tracto sucesivo únicamente tendrá lugar respecto de las prestaciones no correspondidas con su recíproca*».

<sup>818</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 503. En el mismo sentido, MONFORT FERRERO, M.J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, cit., p. 182.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

daños que puedan ocasionarse a la contraparte<sup>819</sup>. Los daños que habrá que indemnizar a la parte *in bonis* serán los causados por la falta de cumplimiento del contrato y deberán ser probados por ésta<sup>820</sup>. Por tanto, se resarcirá el perjuicio que la resolución del contrato le ocasione al contratante no concursado. Este efecto, junto con la restitución, tiene carácter circunstancial, cuestión que ha sido destacada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias<sup>821</sup>, determinando que la indemnización de daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso<sup>822</sup>.

---

<sup>819</sup> El reconocimiento por la LCon de dicha indemnización puso fin a una polémica doctrinal anterior, donde se cuestionaba si el contratante *in bonis* tenía derecho al resarcimiento de los daños producidos por la ruptura contractual. Sobre el tema, *vid.* BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1782. Antes de la LCon, autorizada doctrina como FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., p. 296, se mostraba a favor de la solución italiana, en la que se excluye la indemnización de la parte *in bonis* en caso de resolución del contrato (art. 72.4 *L.Fall.*: «*In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il crédito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno*» – en el mismo sentido se pronuncia el artículo 172.4 del *CCII*, que sustituirá a la *L.Fall.* –).

<sup>820</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1154. Así lo establece el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 2016, recurso núm. 2694/2014, (RJ 2016\5408), que estima la resolución en interés del concurso de un contrato de arrendamiento de un local de negocio sujeto al régimen de renta antigua y prórroga forzosa ubicado en Puerta del Sol (Madrid), reconociendo el derecho de la arrendataria *in bonis* a ser indemnizada con cargo a la masa de los perjuicios derivados de la resolución anticipada del contrato. Concretamente, dispone «*el importe de esta indemnización se fijará en ejecución de sentencia, a partir de las siguientes bases: la diferencia entre el importe de la última renta mensual actualizada (4.860,48 euros) y la que el arrendador manifiesta que se paga en un local de esas características y ubicación (48.689,33 euros), por lo meses que todavía restaran entre la resolución anticipada (...) y el término que conforme a las normas transitorias de la LAU 1994 correspondiera a este contrato para continuar con el régimen anterior de prórroga forzosa*». Como podemos apreciar, el Tribunal Supremo se centra en el perjuicio que la resolución le produce a la arrendataria *in bonis* y fija la indemnización en la diferencia entre el importe que ésta pagaba por el local propiedad del concursado y el que deberá pagar en otro local con las mismas características en la misma ubicación.

<sup>821</sup> SSTs de 18 de marzo de 2016, recurso núm. 2663/2013, (RJ 2016/853); de 10 de noviembre de 2016, recurso núm. 2694/2014, (RJ 2016\5408).

<sup>822</sup> Con respecto a ello, establece el Tribunal Supremo en STS de 18 de marzo de 2016, recurso núm. 2663/2013, (RJ 2016/853) que «*es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico, esto es, es necesario valorar si aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el art. 61.2 de la Ley Concursal – art. 165 TRLCon – determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios, y si efectivamente tales daños y perjuicios se han producido*». Lo que quiere decir el Alto Tribunal es que, en primer lugar, si en el contrato celebrado entre las partes se excluyó expresamente el derecho de aquéllas a ser indemnizadas por los daños y perjuicios causados como consecuencia de una resolución por causas sobrevenidas, distintas al incumplimiento, no se podrá exigir resarcimiento a causa de la resolución del contrato en interés del concurso – *vid. ad. ex.* SJMerc núm. 1 de Madrid, de 21 de

Específicamente en el caso del *factoring*, si en el momento en que se resuelve el contrato en interés del concurso existen créditos pendientes de vencimiento que han sido anticipados por el factor *in bonis*, consideramos que éste tendrá derecho a una indemnización, debido a que la obligación de restitución correspondiente, pendiente por parte del cliente-cedente, se verá afectada por la resolución. Tal y como establece la doctrina, consecuencia de la resolución será la desvinculación de las partes de la relación obligatoria<sup>823</sup>, de manera que los contratantes quedan liberados de las obligaciones todavía no vencidas al tiempo de la resolución, como es esta obligación de restitución a cargo del cliente-cedente<sup>824</sup>. En el supuesto expuesto, ello ocasiona daños al factor, pues en el caso de que el deudor cedido impague, no podrá reclamar al cliente-cedente la restitución del importe nominal del crédito en cuestión (recordemos que en el caso de *factoring* sin regreso sólo podría reclamarla en el caso de impago voluntario del deudor), asumiendo las consecuencias. Como acertadamente explica algún autor<sup>825</sup>, la atribución de una suerte de facultad excepcional de resolución a favor del interés del

---

octubre de 2005, (AC 2009\2132) – y en segundo lugar, en el caso de que no se establezca la referida exclusión en el contrato, sólo existirá el derecho a la indemnización de la parte no concursada si efectivamente sufre perjuicio por la resolución del contrato en cuestión.

<sup>823</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1153: «Consecuencia de la resolución será la extinción de la relación obligatoria para el futuro, lo que implica la liberación de las partes de las obligaciones asumidas en virtud del contrato que todavía no hubieren ejecutado». Asimismo, BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1781: «La resolución del contrato en interés del concurso produce las consecuencias características de los fenómenos extintivos de su especie. El primero de los efectos es de índole necesaria y consiste en la desvinculación de las partes de la relación obligatoria a que se encontraba sujetas». Sigue explicando el autor que en caso de que la resolución tenga eficacia *ex nunc*, la extinción del vínculo solo afecta a las prestaciones no correspondidas y al futuro de la relación, haciendo expirar las obligaciones pendientes de vencimiento (p. 1789). Con respecto a los efectos de la resolución en interés del concurso también se pronuncia MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., p. 93: «Podemos mencionar, en primer lugar, como efecto de la resolución, la extinción de las obligaciones que aún estuvieran pendientes de vencimiento: las partes ya no estarán obligadas a ejecutarlas». Vid. en general DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, cit., p. 871; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 473.

<sup>824</sup> Como expusimos en el apartado 4 de este capítulo séptimo, esta obligación del cliente-cedente tiene el carácter de condicional, dependiendo su eficacia de un hecho futuro o incierto. Dicha obligación de restitución será exigible en el momento en que el deudor cedido incumpla (*vid.* arts. 1113 y 1114 CC). No podemos decir que en este caso se debería restituir al factor el anticipo que hubiese realizado, pues en los contratos de tracto sucesivo, como el de *factoring*, sólo procederá la restitución de las prestaciones cumplidas por una de las partes que no hayan sido correspondidas por la otra, entendiéndose éstas como obligaciones vencidas e incumplidas.

<sup>825</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 61 a 63», cit., p. 700.

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

concurso no puede menoscabar las expectativas del contratante *in bonis*. Si se resuelve el contrato en las circunstancias expuestas, habrá que indemnizar al factor porque el riesgo de impago del deudor cedido lo asumirá él en lugar del cliente-cedente<sup>826</sup>.

Como se ha expuesto, el TRLCon califica esta indemnización de daños y perjuicios como crédito contra la masa (arts. 165.3 y 242.9º TRLCon). Ello tiene importantes consecuencias, pues provocará en muchos casos que la administración concursal o el concursado no soliciten la resolución en interés del concurso<sup>827</sup>. Así, en el supuesto expuesto, o en otro en el que pudiera surgir la obligación de indemnizar al factor, puede ocurrir que el administrador concursal o el concursado quiera resolver el contrato en interés del concurso, pero la posible indemnización con cargo a la masa provoque que no inste la acción. Se ha determinado por la doctrina que es ésta una medida de tutela de la otra parte, un incentivo para que los administradores concursales o el deudor intervenido cumplan el contrato<sup>828</sup>.

Como acabamos de señalar, la resolución tiene eficacia liberatoria. Con respecto a esta desvinculación de las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas, y en cuanto a los efectos de la resolución del contrato de *factoring* en relación con los créditos objeto del mismo, nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado anterior.

---

<sup>826</sup> Tal y como establece MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1154: «*La resolución tendrá como consecuencia que un contrato válidamente celebrado no va a ser cumplido o no lo va a ser íntegramente y eso puede ocasionar daños a la otra parte, puesto que su interés no se verá satisfecho, y serán tales daños los que tendrán que ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fijar la indemnización*».

<sup>827</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1155. Crítica con que la indemnización tenga la condición de crédito contra la masa se muestra SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., p. 193, así como GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2813, señalando que esta solución «*puede inflar aún más las deudas de la masa y que no sea posible ni tan siquiera hacer frente a ellas*». En este punto, hacemos nuestro el planteamiento expuesto por VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 699 (específicamente nota núm. 14): sería injusto que el legislador hubiese establecido que la decisión de resolver el contrato en interés del concurso – decisión postconcurzal – diese lugar a un crédito concursal.

<sup>828</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2813; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1155.

## 6. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLEZCAN LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN O LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR LA SOLA CAUSA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES

De los efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring* quedan por analizar los artículos 156 y 159 TRLCon, estando ambos preceptos relacionados como aquí veremos.

Empezando por el artículo 156 TRLCon, éste sustituye al artículo 61.3 LCon, el cual disponía que «*se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*»<sup>829</sup>. Dicho tenor literal se mantiene en el actual artículo 156 TRLCon, aunque añadiéndose a su inicio que «*la declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato*»<sup>830</sup>.

Debido a que esta disciplina se encontraba incluida en el artículo 61 LCon, el cual se refería a los contratos con obligaciones recíprocas, se afirmó por la doctrina que las citadas cláusulas de resolución o extinción insertadas en contratos a los que no se les aplicaba el citado precepto eran eficaces<sup>831</sup>. No obstante dicha inteligencia fuese

---

<sup>829</sup> Con anterioridad a la LCon, autores como FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., p. 307, ya declaraban la ineficacia de esas cláusulas: «*Creemos que han de ser ineficaces frente a la quiebra las cláusulas resolutorias expresas que contemplen tal evento*» explicando que dar validez a estas cláusulas «*es hacer prevalecer los intereses privados frente a los colectivos, obviando la garantía concursal. (...) No puede jugar la voluntad de las partes infringiendo los principios que regulan los procedimientos colectivos. El Derecho Concursal se define, pues, como uno de los límites de la autonomía privada (art. 1255 CC)*» (p. 66).

<sup>830</sup> Sobre este principio general de vigencia de los contratos, *vid.* nota núm. 526. La segunda frase del artículo 156 TRLCon tiene como equivalente en el Derecho italiano el artículo 72.6 *L.Fall.*: «*Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento*». En el nuevo *CCII* se regula esta disciplina en el artículo 172.6: «*Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dall'apertura della liquidazione giudiziale*».

<sup>831</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1156; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1791.

Esta tesis se siguió en la STS de 18 de junio de 2014, recurso núm. 711/2012, (RJ 2014\3698), donde se determinó que al contrato de préstamo, al ser unilateral, no les eran aplicables los apartados del artículo

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

razonable, pues tenía como fundamento que la ineficacia de esas cláusulas se encontraba establecida en un apartado integrado en un artículo específico, habida cuenta de que la razón de dicha ineficacia es la protección del principio *par conditio creditorum* (ya que si fueran válidas permitirían a algunos acreedores escapar del procedimiento concursal a través de la resolución<sup>832</sup>) y el principio de conservación de la actividad empresarial (art. 111.1 TRLCon), podía considerarse, vigente la LCon, la extensión de la norma a todos los contratos en general.

En todo caso, el cambio de sistemática que realiza el TRLCon del apartado tercero del artículo 61 LCon, convirtiendo a la norma en un precepto individual (art. 156), permite entender sin vacilaciones que la ineficacia de las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso se aplica a todos los contratos en general<sup>833</sup>.

Así, las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso no serán válidas en los contratos de *factoring* a los que se les aplique el régimen del artículo 158 TRLCon (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes) ni a los que les sea aplicable el régimen general del TRLCon (supuesto explicado en un epígrafe anterior<sup>834</sup>).

---

61 LCon, incluido el apartado tercero: «no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral». Sobre esta sentencia *vid.* nota núm. 597.

<sup>832</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», *cit.*, p. 703: «La lógica del precepto es muy clara: la declaración de concurso somete a los acreedores del deudor a un procedimiento único para todos ellos (aunque en el mismo no todos tengan la misma clasificación)».

<sup>833</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 862: «La subsistencia de los contratos en curso, y la ineficacia de las cláusulas que permiten resolverlos cuando éste sea declarado, se aplican a los contratos en general...». *Vid.* también SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los efectos del concurso sobre los contratos», *cit.*, p. 156.

<sup>834</sup> *Vid. supra* apartado 4 del presente capítulo (supuesto «a» – *El factor ha realizado todos los anticipos posibles* –).

Estas cláusulas son frecuentes en la práctica de los contratos de financiación celebrados mediante condiciones generales<sup>835</sup>. En los contratos de *factoring* consultados aparecen insertas, si bien no se refieren literalmente a la declaración de concurso, sino a situaciones en las que concurre su presupuesto objetivo o a circunstancias que pueden ir unidas a dicha declaración. Así, por ejemplo, con respecto a las primeras, se establece que el contrato de *factoring* quedará resuelto por «*la falta de pago del cedente de sus obligaciones tributarias o de las cuotas de Seguridad Social durante un plazo de tres meses*» o por «*la falta de pago por el cedente de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo o de prestación de servicios correspondientes a tres mensualidades*»<sup>836</sup>, eventos recogidos en el artículo 2.4.5º TRLCon como hechos externos reveladores del estado de insolvencia. Refiriéndonos a las circunstancias que pueden ir unidas a la declaración de concurso destacamos, como ejemplo, las que establecen que el contrato de *factoring* quedará resuelto «*cuando se produzca (...) cualquier situación jurídica que limite significativamente la capacidad de las Cedentes de administrar sus bienes o disponer de ellos*»<sup>837</sup>.

Bien, el artículo 156 TRLCon no se refiere expresamente a estas cláusulas que aluden a situaciones que legitiman para solicitar la declaración de concurso o a circunstancias que pueden ir unidas a dicha declaración, sino a las que «*establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso*». No obstante, consideramos que no es necesaria en el contrato la referencia literal a la declaración del concurso para que dicho artículo tenga

---

<sup>835</sup> Tal y como señalan RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 283, estas estipulaciones eran extraordinariamente frecuentes en la práctica anterior a la promulgación de la LCon. En la práctica posterior no han desaparecido, pues se establecen en algunos de los contratos de *factoring* consultados, siendo todos ellos ulteriores a la entrada en vigor de la LCon (*vid. ad ex.* nota núm. 836). Este aspecto también es destacado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos», cit., p. 861 (específicamente, nota núm. 6).

<sup>836</sup> Concretamente, ambas cláusulas se establecen en el contrato de BBVA FACTORING – estipulación decimosexta, apartados d) y e) –.

<sup>837</sup> Cláusula presente en el apartado 20.1.h) del contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.



operatividad sobre la cláusula en cuestión<sup>838</sup>. A nuestro juicio, no resulta razonable entenderlo de otro modo, pues ello conllevaría que se pudiese burlar fácilmente la aplicación del precepto.

Si existen en el contrato de *factoring* este tipo de cláusulas, la consecuencia que establece el artículo 156 TRLCon es que «*se tendrán por no puestas*». Ello significa que su inclusión en el contrato no produce ningún efecto: será como si no existieran. Por supuesto, la ineficacia alcanza únicamente a la cláusula o cláusulas en cuestión: el resto del contrato será válido y producirá todos sus efectos. Debido a que por expresa disposición legal las cláusulas se tienen por no puestas, no será necesario entablar una acción judicial para que se determine su ineficacia o ilegalidad<sup>839</sup>.

Esta regla de ineficacia tiene sus excepciones, establecidas en el artículo 159 TRLCon. El segundo apartado del citado precepto deja a salvo la aplicación, vigente el concurso, de las normas que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes. En cuanto a las primeras (normas que disponen la extinción del contrato) debe citarse el artículo 1732.3º CC, referente al contrato de mandato («*El mandato se acaba por (...) concurso o insolvencia del mandante o el mandatario*»). En cuanto a las segundas (normas que permiten pactar la extinción del contrato),

---

<sup>838</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», cit., p. 285: «*Lo que desea evitar es que las partes puedan disponer de la aplicación o no de los efectos legales del concurso a los contratos en vigor a la fecha de la declaración. Por ello, estas expresiones deben considerarse por no puestas en la medida que pretenden suplantar la declaración de concurso a fin de neutralizar sus efectos legales subrepticamente o anticiparse a ella in extremis, minimizando o eliminando dichos efectos*». En la misma línea, MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», cit., p. 2961, así como GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», cit., p. 2816.

<sup>839</sup> Así se explica por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1158; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 705; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1792. También por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos», cit., p. 861: «*La ineficacia de tales cláusulas es taxativa y ope legis, sin que sea necesario solicitar judicialmente su nulidad, que en todo caso, se ciñe a los pactos de vencimiento anticipado sin poner en riesgo la validez del resto del contrato*».

destacamos el artículo 16.1 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo<sup>840</sup>, previsto para los acuerdos de compensación contractual (*netting*).

Por otra parte, el apartado primero del artículo 159 TRLCon admite la eficacia en el concurso del ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda de conformidad con la Ley. En efecto, diversas disposiciones permiten el desistimiento unilateral del contrato por uno de los contratantes<sup>841</sup>, existiendo supuestos en los que esa facultad de denuncia se refiere a la causa de declaración de concurso o a la apertura de la fase de liquidación: es el caso del contrato de agencia (artículo 26.1.b Ley del Contrato de Agencia<sup>842</sup>)<sup>843</sup> y del seguro de daños (art. 37 LCS). Empero, en lo que al *factoring* se trata, no existe ninguna norma expresa que establezca la facultad de denunciar unilateralmente el contrato.

Como hemos indicado, el artículo 159.1 TRLCon deja a salvo «*el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos en los que así se reconozca expresamente por la Ley*». No obstante, se admite por la doctrina la facultad de denunciar los contratos de tracto de sucesivo de duración indefinida, en virtud del principio de prohibición de vínculos perpetuos. El problema es que dicha facultad no

---

<sup>840</sup> Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005).

<sup>841</sup> Un elenco de ellas es destacado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 159. Supuestos especiales», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 883: «Entre los supuestos en que conforme al régimen de los contratos, está amparada la denuncia unilateral *ad nutum*, figuran los siguientes: la potestad de desistimiento del propietario en un contrato de obra aunque ésta haya empezado (y con la obligación de dejar indemne al contratista: art. 1594 CC), la que corresponde a mandante y mandatario (arts. 1733 y 1736 CC), la del depositante que reclame la restitución de lo depositado (art. 1775 CC), la del comitente en la comisión mercantil (art. 279 CCom), la del consumidor y usuario en los contratos a distancia y fuera del establecimiento (art. 102 Texto Refundido LGDCU), y en los contratos de venta a plazos de bienes muebles (art. 9 LVPBM)».

<sup>842</sup> Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992).

<sup>843</sup> Específicamente sobre este supuesto de denuncia, si bien con referencia a nuestro derecho anterior a la LCon, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 222, 1996, pp. 1145 y ss. La autora destaca que «al atribuir al contratante *in bonis* la facultad de dar por finalizado el contrato en cualquier momento, la Ley ha excluido deliberadamente la extinción automática de la relación de agencia y ha optado por configurar la declaración de quiebra de una de las partes (ya se trate del principal, ya del agente) como una circunstancia que únicamente autoriza a la otra a denunciarla, aunque, eso sí, sin necesidad de tener que observar un preaviso» (p. 1146).

## Capítulo séptimo. Efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de *factoring*

viene recogida en la Ley de forma general, por lo que nos preguntamos si esta facultad de denuncia, a pesar de no estar contemplada en la Ley, puede realizarse. Sobre el tema se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Asturias, en la sentencia de 20 de febrero de 2014<sup>844</sup>, en la que el Tribunal consideró resuelto por denuncia unilateral en un concurso un contrato de cuentas en participación realizado entre dos sociedades que tenía duración indefinida, entendiéndose que el principio general de prohibición de vínculos perpetuos no puede resultar afectado por la declaración de concurso de una de las partes. Así, y con anterioridad a esta sentencia, lo contemplaba también la doctrina<sup>845</sup>, sosteniendo que el principio general de prohibición de vínculos perpetuos ha de ser entendido como fuente jurídica de aplicación generalizada, también en situaciones de concurso.

Por tanto, esto último significa que si un contrato de *factoring* tiene una duración indefinida, podría extinguirse vigente el concurso por denuncia unilateral, en virtud del principio de orden público que impide que alguien quede obligado de por vida<sup>846</sup>. Tal y como establece el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de noviembre de 2016<sup>847</sup>: «*Los contratos para toda la vida son nulos y en caso de contratos de duración, en principio indefinida, puede cualquiera de las partes desvincularse por su sola voluntad*».

---

<sup>844</sup> SAP Asturias de 20 de febrero de 2014, recurso núm. 36/2014, (JUR 2014\90174).

<sup>845</sup> SALELLES CLIMENT, J.R., «Art. 63», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs y Agustín Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, pp. 717 y 718; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 63. Supuestos especiales», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 719; BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», cit., p. 1794.

<sup>846</sup> La mayoría de contratos de *factoring* consultados tienen una duración determinada prorrogable, pero específicamente en el contrato de BANCO PICHINCHA ESPAÑA se establece una duración indefinida (cláusula séptima).

<sup>847</sup> STS de 16 de noviembre de 2016, recurso núm. 1371/2014, (RJ 2016\5834).



## CAPÍTULO OCTAVO. FACTORING Y RESCISIÓN CONCURSAL

### 1. INTRODUCCIÓN

En cuanto al estudio de los problemas del tratamiento concursal del contrato de *factoring*, el ejercicio de las acciones de reintegración con respecto al mismo se presenta como una cuestión trascendente. Su relevancia ha sido destacada por la doctrina, junto con las cuestiones de los efectos del concurso sobre este contrato (tema tratado en el capítulo anterior) y del régimen de la separación concursal de los créditos cedidos (tema que se tratará en el capítulo siguiente), señalando a su vez el gran interés de estos aspectos<sup>848</sup>.

En general, desde antiguo, se ha considerado el tema de la reintegración de la masa como uno de los sectores más interesantes e importantes de cualquier sistema concursal<sup>849</sup>. Las acciones de reintegración de la masa activa persiguen recomponer el

---

<sup>848</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 67; LEÓN SANZ, F., «Las acciones de reintegración y el contrato de factoring», cit., p. 4138; ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 243. Este último autor destaca que «*el estudio de los problemas que el factoring presenta en caso de concurso se orienta tradicionalmente a los dos aspectos del régimen concursal en los que se presentará una situación conflictiva. El primero, los posibles efectos que la apertura del procedimiento vaya a tener sobre el contrato y su ejecución. El segundo, la incidencia que las operaciones de la masa activa pueda tener sobre los créditos y sus cesiones a los que se refiere la relación contractual. Este segundo punto requiere un análisis separado de las operaciones de reintegración y de las de separación*». En el mismo sentido, RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4338, (específicamente en nota núm. 17), destacando el interés de todas esas cuestiones.

Asimismo, vid. FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, cit., p. 286.

<sup>849</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 151, 1979, pp. 37 y 38, el cual hace hincapié en la dificultad del estudio de las cuestiones reintegradoras. Asimismo, ALCOVER GARAU, G., «Artículo 71. Acciones de reintegración», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcover Garau), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 768; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (dir. Fernando Martínez Sanz), Madrid, 2012, p. 589. Con respecto al Derecho italiano, vid. NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 5ª edición, Bolonia, 2021, p. 205: «*Va osservato subito, a questo riguardo, che l'apposita regolamentazione degli atti c.d. pregiudizievole per i creditori compiuti anteriormente all'apertura di una procedura concorsuale liquidativa rappresenta da sempre un tassello essenziale delle discipline della crisi di impresa e tuttora integra un profilo di enorme rilevanza...*».

patrimonio del deudor concursado, trayendo a la masa del concurso bienes o derechos que salieron del mismo indebidamente. En realidad, no es sino una manifestación del principio de universalidad, establecido en el artículo 192.1 TRLCon: «*La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración del concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento*»<sup>850</sup>. Esto es, se entiende que tres son los sumandos susceptibles de completar la masa activa, como totalidad del patrimonio del concursado: primero, los bienes y derechos ocupados y pertenecientes al deudor en el instante en que se declara el concurso; segundo, los bienes y derechos relativamente pretéritos que deben ser reintegrados; y tercero los bienes y derechos futuros, esto es, los que se adquieran hasta la conclusión del concurso<sup>851</sup>.

Tal y como apunta autorizada doctrina<sup>852</sup>, la experiencia demuestra que a la declaración judicial de concurso suele preceder un periodo, más o menos dilatado, de desarreglo económico. En ese tiempo, el deudor podría haber desviado parte de su patrimonio, salvando algunos bienes para él o para su familia, o podría haber favorecido a determinados acreedores en perjuicio de los demás, ante la imposibilidad de satisfacer todas sus deudas. Si se han producido algunas de estas situaciones, las operaciones de reintegración permiten la recomposición del patrimonio del deudor<sup>853</sup>.

La LCon implantó un sistema de reintegración de la masa basado en acciones de naturaleza rescisoria denominado «rescisión concursal», el cual se concretaba en sus

---

<sup>850</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», cit., p. 589.

<sup>851</sup> Son palabras de GIL RODRÍGUEZ, J., «Artículo 71. Acciones de reintegración», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Vol. I, Madrid, 2004, p. 830.

<sup>852</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 461; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 38.

<sup>853</sup> ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 226. Acciones rescisorias de los actos del deudor», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal*, (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 1195.

artículos 71 a 73<sup>854</sup>. Éste acabó con el anterior sistema de retroacción absoluta de la quiebra, que se recogía en el derogado artículo 878.II CCom. Los artículos 71 a 73 de la LCon se corresponden con los artículos 226 a 238 del actual TRLCon (a excepción del artículo 71 bis LCon, que se refería al régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación, instituto que actualmente se encuentra regulado en el Libro II del TRLCon, estableciéndose las especialidades en materia de reintegración de la masa activa con respecto a los mismos en su Título IV, específicamente en los artículos 697 a 699 TRLCon).

En el nuevo TRLCon, la rescisión concursal ya no se encuentra dentro del Título referente a los efectos de la declaración de concurso, como aparecía integrado en la ya derogada LCon (precisamente, se encuadraba en el Capítulo IV, denominado «*De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa*»)<sup>855</sup>. En el actual texto, la rescisión concursal viene integrada dentro del Título IV: «*De la masa activa*», concretamente en su Capítulo IV: «*De la reintegración de la masa activa*», desapareciendo la categoría «*De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa*». Este cambio de

---

<sup>854</sup> Tal y como expone SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, Valencia, 2017, p. 42, la rescisión concursal «*no es ni un tipo o clase de acción pauliana adaptada al concurso de acreedores, mediante el recurso de prescindir del consilium fraudis, ni tampoco una clase de rescisión por lesión. Se trata de un supuesto propio de rescisión, otro más de entre la variedad regulada en nuestro ordenamiento jurídico, que guarda relación con otros casos singulares en los que se acentúa el perjuicio patrimonial*». En relación con el tema, *vid.* ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 183, la cual explica que durante la gestación de la LCon, desde diversas instancias, se propuso emplear la acción pauliana (art. 1111 CC) aunque aliviándola para facilitar su ejercicio en un contexto tan peculiar como es el concurso.

<sup>855</sup> Con respecto a esta ubicación de la rescisión concursal en la LCon, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dir. Rafael García Villaverde, Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerro), Madrid, 2002, p. 173, autor que mostraba su desconcierto, tanto por el hecho de que la materia se encuadrara en el Título III, relativo a los efectos del concurso, como que se contemplara bajo un epígrafe poco acorde con la tradición concursal española, como lo era el de «*De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa*». Realmente, este epígrafe era equivalente al de la normativa italiana – *L.Fall.* –, que regulaba la *revocatoria fallimentare* (acción especial del concurso) dentro de una sección titulada «*Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*» (Sección III, del Capítulo III, del Título II *L.Fall.*). En el nuevo *CCII*, se sigue manteniendo este rótulo, si bien se cambia la referencia al «*fallimento*» por «*liquidazione giudiziale*» («*Effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori*» – Sección IV, del Capítulo I, del Título V del *CCII* –).

sistemática resulta, bajo nuestro punto de vista, bastante adecuado<sup>856</sup>. Tal y como se estableció en el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon<sup>857</sup>, es sistemáticamente conveniente la agrupación en el Título IV, dedicado a la masa activa, de las reglas generales relativas a la misma, en beneficio de una mejor comprensión de la estructura de la norma<sup>858</sup>.

En relación con lo anterior, también bastante positivo nos parece que el Capítulo IV del Título IV TRLCon, dedicado, como hemos dicho, a la reintegración de la masa activa, se estructure en dos secciones: la Sección 1ª, titulada «*De las acciones rescisorias especiales*» (es decir, de la acción rescisoria concursal); y la Sección 2ª, titulada «*De las demás acciones de reintegración*», refiriéndose esta última a las acciones de Derecho general cuyo ejercicio proceda. Y nos parece adecuada esta configuración de la materia en el TRLCon porque el modo en la que se organizaba la misma en la derogada LCon – el artículo 71 se titulaba «*Acciones de reintegración*», cuando en él se regulaba la rescisión concursal – tenía el riesgo de que identificáramos la reintegración (es decir, las múltiples formas existentes para traer a la masa los bienes del concursado que están fuera de ella) con la rescisión concursal, que sólo es una de sus formas, aunque sea el principal remedio o acción de reintegración<sup>859</sup>.

En efecto, la reintegración de la masa activa no sólo se integra por las acciones rescisorias especiales que regula, en la actualidad, el TRLCon, pues engloba otras acciones impugnatorias que contribuyen a preservar la integridad del patrimonio del

---

<sup>856</sup> De acuerdo con esta nueva sistemática se pronuncia el profesor RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Refundición y refundación del Derecho concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)», cit., pp. 217 y 218.

<sup>857</sup> Concretamente en su apartado 248 (p. 81).

<sup>858</sup> La *Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, realizada por el Ministerio de Justicia, señala que la inclusión del régimen de la reintegración de la masa en el título relativo a la masa activa corrige una deficiencia de la LCon, que trataba de la materia en el ámbito de los efectos de la declaración de concurso (vid. p. 42).

<sup>859</sup> Esta cuestión era destacada con respecto al Anteproyecto de la LCon del año 2000 por GARCÍA VILLAVARDE, R., «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 491, 2001, p. 5. De acuerdo con lo expuesto por este autor, ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 183 (específicamente nota núm. 158).



concurtido<sup>860</sup>. Nos referimos, principalmente, de la acción rescisoria general (acción pauliana – arts. 1111 y 1291.3º CC –), así como de las acciones de nulidad y de anulabilidad las cuales podrán ejercitarse, al igual que otras acciones que procedan conforme al Derecho general<sup>861</sup>, una vez declarado el concurso, conforme a las normas de legitimación, procedimiento y apelación establecidas para las acciones rescisorias concursales (art. 238.2 TRLCon).

Tras exponer estos esbozos de la reintegración de la masa, en general, y de la rescisión concursal, en particular – sobre la que profundizaremos más adelante –, toca referirnos a la significación del estudio del *factoring* en relación con ésta. Con anterioridad a la LCon, el artículo 878.II CCom declaraba nulos todos los actos de administración y disposición realizados por el deudor con posterioridad a la época en la que se retrotrajeran los efectos de la quiebra<sup>862</sup>. Esta retroacción absoluta originaba problemas de seguridad jurídica y perjudicaba a los actos o negocios afectados por ella. Debido a la consideración del *factoring* como instrumento muy adecuado para la obtención de financiación por parte de las PYMES y dado el importante desarrollo que alcanzó el mismo a mediados de los años noventa, se consideró necesario por el legislador salvaguardar este negocio jurídico de la retroacción de la quiebra, a través de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las

---

<sup>860</sup> LEÓN SANZ, F., «Artículo 71. Acciones de reintegración», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 1300; SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 21.

<sup>861</sup> Sobre las acciones de impugnación distintas a la rescisoria concursal, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Madrid, 2005, p. 4172, así como SANCHO GARGALLO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 46 a 64.

En síntesis, y en términos generales, la acción de nulidad se podrán interponer contra actos jurídicos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva, siempre que no se prevea legalmente otra sanción para el caso de contravención (art. 6.3 CC), o contra actos jurídicos que carezcan de alguno de sus elementos esenciales (art. 1261 CC) o que tengan falsedad – negocios simulados – o ilicitud en la causa (arts. 1275 y 1276 CC). La acción de anulabilidad se podrá interponer contra los actos jurídicos en los que concurran los requisitos del art. 1261 CC pero que adolezcan de vicio que los invalidan con arreglo a la Ley (art. 1300 CC). En cuanto a la acción pauliana (arts. 1111 y 1291.3º CC), se podrá interponer por los acreedores para impugnar los actos de disposición del deudor realizados en fraude de sus derechos de crédito. De acuerdo con lo dispuesto en el CC, esta acción tiene carácter subsidiario.

<sup>862</sup> El artículo 878 CCom establecía lo siguiente: «*Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*».

Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras – disposición a la que hemos hecho referencia en este trabajo, si bien con relación a su ámbito de aplicación y al reconocimiento por esta norma de la cesión global y anticipada de créditos futuros, así como al especial régimen de oponibilidad que establece en su apartado segundo –<sup>863</sup>. En concreto, su apartado tercero eximía a las cesiones de crédito afectadas por la norma de la nulidad establecida en el artículo 878.II CCom, en caso de quiebra del cedente (cliente de *factoring*). Con relación a la quiebra del deudor cedido, su apartado cuarto establecía que los pagos realizados por aquél al cesionario (sociedad de *factoring*) no estaban sujetos al artículo 878.II CCom, pero se permitía a la sindicatura de la quiebra ejercitar la acción de retroacción sobre aquéllos, bien contra el cedente, bien contra el cesionario, o contra ambos a la vez, si probaba que aquél, éste último o ambos conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha del anticipo realizado por el cesionario al cedente<sup>864</sup>.

---

<sup>863</sup> Tal y como señala la doctrina (*vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 22) la protección de la actividad de *factoring* de la retroacción de la quiebra nace de la mano de la *Comisión Especial para la Simplificación del Ordenamiento Jurídico-Económico*. En el informe que realiza esta Comisión, fechado en julio de 1996 – puede consultarse en *Derecho de los Negocios*, núm. 76, 1997, pp. 81-94 –, se entiende que el artículo 878.II CCom presenta un freno, desde el punto de vista jurídico, en el desarrollo del *factoring* y que debía de «efectuarse una modificación profunda del régimen previsto en torno a los efectos de la declaración de quiebra, suprimiendo la regla dispuesta en el art. 878.II del CCom, y mejorando el régimen de acciones previsto en los arts. 879 a 882 del mismo texto legal. El Anteproyecto de Ley Concursal que posteriormente analizaremos, opta por una solución semejante a la antes referida» (p. 84).

La *Comisión Especial para la Simplificación del Ordenamiento Jurídico-Económico* se creó mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 13 de enero de 1995 y tenía como objetivo el análisis de aquella parte del ordenamiento jurídico que incidía directamente en la actividad económica, con la finalidad de formular propuestas tendentes a mejorar su funcionamiento, así como la remoción de aquellos obstáculos normativos que la dificultaban (p. 81). Muy crítico con esta Comisión se muestra GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 22: «con tal título – se refiere al nombre de la Comisión – que ofende a la más mínima sensibilidad jurídica, aunque se falsea el sentido del ordenamiento, en el fondo se acierta en un porcentaje grande, porque, dada la amplitud de la denominación, la susodicha Comisión casi puede meter las narices donde le dé la gana. Lo malo es que, al operar así, se están pisando una vez más las competencias de otras comisiones, y en particular, las de General de Codificación».

<sup>864</sup> Con respecto a esta última frase, específicamente el apartado cuarto la disposición adicional tercera establecía – y establece en su redacción actual – «conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente». Sin embargo, como ya señalamos al final del apartado 5.2 del capítulo quinto – mostrando nuestro desacuerdo al respecto –, en esta norma se considera el anticipo correspondiente al servicio de financiación del contrato de *factoring* como «pago». También cambia la palabra «pago» por «anticipo» ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., pp. 85 y ss.

La LCon modificó el régimen establecido en el CCom, quedando derogado el Título I del Libro IV del CCom, titulado «*De la suspensión de pagos y de la quiebra en general*», en el cual se encontraba el artículo 878, precepto que establecía, en su párrafo segundo, la retroacción de la quiebra (*vid.* apartado 3.3º de la disposición derogatoria única LCon). Sin embargo, la disposición adicional segunda de la LCon, en su apartado 2. f, dejaba en vigor «*la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras*». Ello suscitó críticas y dudas en la doctrina, pues por una parte, esperaban que la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, fuera derogada, teniendo en cuenta la ausencia de la retroacción en la LCon, sustituida por la rescisión concursal, cuyo régimen se contenía en los artículos 71 a 73; y por otra, resultaba desconcertante que la LCon dejara en vigor una norma que se refería al abolido régimen de la retroacción en la quiebra<sup>865</sup>.

No fue hasta el año 2007, con la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público – tres años después de la entrada en vigor de la LCon (disposición final trigésimo quinta) – cuando se le dio una nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, resolviéndose, como determina algún autor<sup>866</sup>, «*una duda normativa producida por la desarmonía existente después de la promulgación de la Ley Concursal*». Así, la nueva redacción eliminó toda referencia al régimen de la retroacción de la quiebra, adaptando los apartados tercero y cuarto de la referida disposición adicional tercera al régimen de reintegración contenido

---

<sup>865</sup> Específicamente con respecto a esto último, *vid.* MARTÍNEZ ROSADO, J., «El nuevo régimen de las cesiones de créditos en el concurso (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pp. 659 y 660: «*Esto planteó el sentido mismo de mantener vigente la disposición adicional tercera de la Ley de Entidades de Capital Riesgo, pues ¿qué sentido tenía que la LCon mantuviera vigente dicha norma, cuando la propia LCon derogaba los preceptos relativos a la quiebra contenidos en el CCom – arts. 874 y ss. – en el apartado 1º de su disposición derogatoria única, núm. 3?*».

En general, *vid.* LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 89; ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 100; ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 268.

<sup>866</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 457.

en la LCon<sup>867</sup>. En concreto, estos apartados quedaron redactados como sigue, siendo éste el régimen actualmente vigente:

*«3. En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

*4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente».*

Tal y como podemos apreciar, el régimen concursal especial para el caso de concurso del cedente – apartado 3 – ha desaparecido, quedando sujetas las cesiones de créditos afectadas por la norma al régimen común de la rescisión concursal<sup>868</sup>. Con respecto a esto último, si bien este apartado tercero se refiere al artículo 71 LCon, la disposición adicional segunda del TRLCon (que tiene por título «Remisiones normativas») establece que «las referencias normativas contenidas en otras disposiciones a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se entenderán realizadas a los preceptos correspondientes del texto refundido que se aprueba». Así, la mención al artículo 71 LCon del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 queda sucedida por el artículo 226 TRLCon.

---

<sup>867</sup> La disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, no sólo modificó los apartados tercero y cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, correspondientes a la quiebra del cedente y del deudor cedido, sino que también incluyó en su ámbito de aplicación los supuestos en los que los créditos objeto de cesión tuviesen como deudor a una Administración Pública, ya que antes se contemplaba la exclusión de aquéllos, así como los supuestos en los que el cesionario fuese un fondo de titulización (*vid.* nota núm. 162).

<sup>868</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 457; GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso del cedente en el contrato de factoring y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal», AA.VV., *La reintegración en el concurso de acreedores* (dir. José Antonio García-Cruces González), 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 433.

En el caso de concurso del deudor cedido – apartado 4 –, se continúa reconociendo el régimen concursal especial, no estando sujetos a la rescisión concursal los pagos realizados por aquél al cesionario, estableciendo el precepto dos excepciones: la primera, introducida por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, (podrá ejercitarse la acción rescisoria «*cuando se haya efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso*»); y la segunda (podrá ejercitarse la acción rescisoria «*cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente*»). Aunque este apartado cuarto haga referencia al artículo 71.1 LCon, se aplica la disposición adicional segunda del TRLCon, la cual hemos explicado en el párrafo anterior, por lo que dicha referencia normativa se entiende realizada al artículo 226 TRLCon.

Así las cosas, en este capítulo abordaremos la posibilidad de que prospere la rescisión concursal contra las cesiones de créditos realizadas en virtud del contrato de *factoring* en el caso de concurso del cedente de los créditos, teniendo en cuenta que el fundamento de la ineficacia en la rescisión concursal se basa en la causación, por el acto impugnado, de perjuicio para la masa activa; e, igualmente, comentaremos las especialidades establecidas para el caso de concurso del deudor cedido. Pero antes de ello, resulta necesario detenernos en nuestro anterior régimen de retroacción de la quiebra para comprender de una forma más exacta las razones de la existencia de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, y en general, la sustitución de aquel sistema de reintegración por la rescisión concursal.

## **2. RÉGIMEN PRECEDENTE: LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA**

Antes de la entrada en vigor de la LCon, y como hemos tenido oportunidad de destacar, existía en nuestro Derecho el sistema de retroacción absoluta para la reintegración de la masa de la quiebra<sup>869</sup> (calificado como «*perturbador*» por la

---

<sup>869</sup> La doctrina sintetiza los sistemas para la reintegración de la masa de la quiebra en tres: 1º) el sistema de retroacción absoluta – el cual se explica en este epígrafe –; 2º) el sistema de retroacción

exposición de motivos de la LCon)<sup>870</sup>. En realidad, tal y como destacan la doctrina y la jurisprudencia de la época, en el CCom el legislador optó por un sistema mixto: en su artículo 878.II establecía la retroacción absoluta, pero en sus artículos 879 a 882 regulaba, también, una serie de acciones de impugnación que permitían revocar actuaciones o negocios jurídicos concretos del quebrado, si se realizaban dentro de ciertos plazos anteriores a la declaración de la quiebra<sup>871</sup>.

El sistema de retroacción absoluta traslada los efectos de la declaración de la quiebra hasta la fecha determinada por la ley – en el caso de tratarse de una retroacción absoluta legal – o por el juez – en el caso de tratarse de una retroacción absoluta judicial

---

relativa – en él no se proclama la nulidad indiscriminada de todos los actos comprendidos dentro de un periodo anterior a la declaración de la quiebra, sino que solo se anulan *ipso iure* los actos a título gratuito, los pagos de deudas no vencidas y las constituciones de garantía real para deudas anteriormente contraídas, precisando el resto de actos realizados en periodo sospechoso tanto de iniciativa impugnatoria como de la prueba del conocimiento de la cesación de pagos –; 3º) el sistema de ausencia de retroacción – en este sistema no se establece ninguna retroacción judicial, sino una serie de acciones de impugnación contra los actos del deudor que, siendo anteriores a la declaración de la quiebra, procuren a un tercero una ventaja patrimonial en perjuicio de los acreedores, o produzcan el efecto de poner a uno o varios de ellos en una situación ventajosa con respecto a los otros. Los fundamentos de estas acciones son el fraude, la gratuidad o la proximidad de la quiebra (*vid.* GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 462 y 463; GIL RODRÍGUEZ, J., «Artículo 71. Acciones de reintegración», cit., pp. 831 a 833; MARTÍN REYES, M.A., *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995, p. 32; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997, pp. 26 y 27).

<sup>870</sup> En concreto, el apartado III de la exposición de motivos de la LCon establecía, en su último párrafo, lo siguiente: «*La Ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal, o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro.*».

<sup>871</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 463; MARTÍN REYES, M.A., *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., p. 32; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 27.

No obstante, el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 38, determinaba preferible calificar el sistema como «doble», entendiendo que «*no es que se combine el sistema de retroacción absoluta con el sistema de las acciones e impugnación de determinados actos – como habitualmente se escribe –; no es que se tomen elementos de ambos sistemas. Lo que sucede es que, al igual que en el sistema francés del Código mercantil de 1807, ambos sistemas se suman, se yuxtaponen. O para decirlo con mayor riesgo: al periodo de retroacción precede el periodo sospechoso.*» De acuerdo con este autor se mostraba GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Notas sobre el instituto de la retroacción», AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. Juan Luis Iglesias Prada), Vol. III, Madrid, 1996, p. 3554.

–. Este último sistema era el que existía en nuestro Derecho, siendo la jurisprudencia la que se encargó de precisar esta cuestión, declarando la vigencia del artículo 1024 del Código de Comercio de 1829<sup>872</sup> (cuerpo legal elaborado por Sainz de Andino y basado en el *Code* francés de 1807). Este precepto, relativo a la fijación de la fecha de retroacción, disponía lo siguiente:

*«En la primera audiencia declarará el Tribunal de Comercio el estado de quiebra, fijando en la misma providencia, con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones».*

En otras palabras, el juez, en el auto de la declaración de quiebra, tenía que fijar con carácter provisional y sin perjuicio de tercero la fecha de retroacción, que debía coincidir con el día en que el quebrado hubiere comenzado a no responder frente a sus acreedores. Con respecto al carácter provisional de la fecha de retroacción (literalmente el CCom de 1829 decía *«con calidad de por ahora»*), la STS de 4 de julio de 1990<sup>873</sup> determinaba que *«la resolución que declara la quiebra es modificable, en este particular de la retroacción, ya que no sería razonable asignarle carácter definitivo contra un texto legal a una declaración judicial hecha, por imperativo legal, en un momento en el que el juzgador sólo posee un conocimiento parcial y limitado de los hechos y de la gravedad y trascendencia de los mismos – se refiere al momento de la declaración de quiebra –»*. Como explica la doctrina, la fecha de retroacción fijada por el juez podía ser impugnada, en general, por quienes resultaran perjudicados o afectados

---

<sup>872</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 62; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 45; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Notas sobre el instituto de la retroacción», cit., p. 3563. Estos dos últimos autores señalan que, sin embargo, la STS de 21 de febrero de 1930, (RJ 1930\702) declaró que este precepto dejó de estar vigente con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que en su artículo 2182 derogaba *«todas las Leyes, Reales Decretos, Reglamentos, Órdenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil»* y con la promulgación del CCom de 1885. No obstante, aquélla fue una sentencia aislada, siendo la STS de 7 de marzo de 1931, (RJ 1931\1963) la que se pronunció por primera vez de una manera explícita a favor de la vigencia del artículo 1024 del CCom de 1829, atribuyéndole sólo efectos procesales. Ésta fue jurisprudencia retirada y unánime (*vid.* sobre este particular SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., pp. 46 y 70).

<sup>873</sup> STS de 4 de julio de 1990, (RJ 1990\5774). Se refiere a esta sentencia ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, p. 64.

por el periodo de retroacción fijado. Dicha impugnación tenía que realizarse antes de que acabase el examen y reconocimiento de los créditos<sup>874</sup>. Obviamente, si no se interponían impugnaciones, se debía tener por válida la fecha de retroacción señalada en el auto de declaración de la quiebra<sup>875</sup>.

Como afirma algún autor<sup>876</sup>, una retroacción absoluta y judicial, como la que regulaba el artículo 878.II CCom, originaba problemas de seguridad jurídica, la cual se acrecentaba más por el modo en que la retroacción fue interpretada por la jurisprudencia. La sanción de ineficacia del artículo 878.II CCom («*Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*») fue concebida por el Tribunal Supremo como una nulidad absoluta, sin limitación alguna objetiva – afectaba a todos los actos – ni subjetiva – con independencia de la buena o mala fe de quien contrató con el quebrado –. Además, se calificaba esta nulidad como intrínseca (*ipsae legis potestate et auctoritate*), es decir, no tenía que ser declarada judicialmente, pudiendo los síndicos considerar como inexistentes en derecho todos los actos de dominio y administración posteriores a la fecha de retroacción<sup>877</sup>. Se entendía por el Alto Tribunal que las palabras empleadas por

---

<sup>874</sup> En relación con estos aspectos, *vid.* SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 47; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Notas sobre el instituto de la retroacción», cit., pp. 3565 y 3566. Con respecto al plazo de impugnación, determinaba el primero de los autores destacados que «*el plazo acaba para todos con las últimas diligencias sobre examen y reconocimiento de los créditos, porque hasta ese momento pueden descubrirse nuevas deudas que indiquen que la crisis económica se produjo con anterioridad a la fecha inicialmente señalada*». Asimismo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Notas sobre el instituto de la retroacción», cit., p. 3566: «*La cuestión, entonces, se traslada a la de determinar cuál es el plazo hábil para acordar la variación de aquél día a quo – se refiere a la fecha de retroacción –. Y en este sentido, se ha afirmado que conviene mantener abierta la posibilidad de variación en tanto en cuanto no se acabe por completo el examen y reconocimiento de los créditos*».

<sup>875</sup> SSTS de 22 de marzo de 1985, (RJ 1985\1128) y de 15 de septiembre de 1987, (RJ 1987\6049).

<sup>876</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 33.

<sup>877</sup> SSTS de 7 de marzo de 1931, (RJ 1931\1963); de 13 de julio de 1984, (RJ 1984\3980); de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989\6956); de 15 de noviembre de 1991, recurso núm. 24384/1989, (RJ 1991\8406); de 11 de noviembre de 1993, recurso núm. 3249/1990, (RJ 1993\8960): «*No es posible negar que el párrafo segundo del art. 878 del Texto Mercantil sanciona el principio de retroacción absoluta, sin que la declaración de nulidad que establece venga paliada por ningún criterio relativista, y semejante nulidad es absoluta o de pleno derecho, tanto desde el punto de vista subjetivo, frente a todos, como objetivo, afecta a la totalidad de los actos de dominio y administración del deudor, haciendo valer a la masa de la quiebra, ipso iure, aquellos bienes que salieron del patrimonio de aquél como consecuencia de esos actos nulos, cuya nota de nulidad constituye doctrina consolidada de la Sala*»; de 26 de marzo de 1997, recurso núm. 1620/1993, (RJ 1997\2539): «*aplicando el artículo 878 del Código de Comercio se*



el legislador en el artículo 878 CCom eran suficientemente claras y bastaba una interpretación literal o gramatical. La doctrina jurisprudencial realizó una labor hermenéutica limitada a la literalidad del precepto, renunciando a la visión sistemática, finalista y lógica<sup>878</sup>.

En relación con la letra de la norma, es preciso explicar que el artículo 878 CCom no presentaba variaciones relevantes de los preceptos que le precedieron, los artículos 1035 y 1036 del CCom de 1829, los cuales disponían lo siguiente:

*«Artículo 1035: El quebrado queda de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra.*

*Artículo 1036: Todo acto de dominio y administración que haga el quebrado sobre cualquiera especie y porción de sus bienes después de la declaración de quiebra, y los que haya hecho posteriormente a la época a que se retrotraigan los efectos de dicha declaración, son nulos».*

Como podemos apreciar, existieron modificaciones terminológicas – quedaba sustituida la expresión «*separado e inhibido de la administración de sus bienes*» por «*inhabilitado para la administración de sus bienes*» – y de sistemática – el artículo 878 CCom reunía la disciplina que el CCom 1829 incluía en dos artículos diversos –.

En realidad, en líneas generales, el sistema de reintegración del CCom de 1829 (regulado en los arts. 1035 a 1042) se correspondía con el que posteriormente reguló el

---

*produce, tal como dice la Sentencia de 20 de junio de 1996, una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa “ope legis” y que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o de buena fe en los terceros que contratan con el quebrado».* Sobre esta línea jurisprudencial, comentando algunas de las resoluciones aquí destacadas, *vid.* ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, cit., pp. 26 y ss.

<sup>878</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., pp. 29 y 70. También *vid.* p. 227, en la que el autor señala que, realmente, los términos empleados por el legislador no eran tan claros y precisos como pretendía el Tribunal, recalando que, aun en el hipotético caso de que los términos jurídicos empleados en el artículo 878 CCom hubiesen sido más precisos, no por ello habría que renunciar a una interpretación, además de gramatical, lógica y sistemática, que de acuerdo con la finalidad perseguida por la institución se adecuara a la realidad del momento en que se estaba aplicando.

CCom de 1885 (arts. 878 a 882)<sup>879</sup>. De hecho, la doctrina destaca que en las discusiones parlamentarias anteriores a la aprobación del CCom de 1885 en ningún momento se sometió a revisión el sistema de reintegración, ciñéndose exclusivamente a algunos aspectos concretos de la configuración de la técnica de las acciones impugnatorias<sup>880</sup>. El mantenimiento de este régimen se explica por la doctrina porque sus efectos perniciosos no se habían hecho notar aún en la práctica, debido a la prudencia con que, tanto en el señalamiento de la fecha de retroacción como en la declaración de nulidad de los negocios y actos comprendidos por ella, juzgaban nuestros tribunales<sup>881</sup>.

De hecho, fue la jurisprudencia de principios de siglo XX la que precisó que el artículo 878.II CCom sancionaba una nulidad absoluta e intrínseca. Particularmente, fue la STS de 7 de marzo de 1931<sup>882</sup> la que interpretó literalmente el artículo 878. II CCom, siendo esta sentencia la que marcaría la jurisprudencia posterior<sup>883</sup>. El modo en que la

---

<sup>879</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 55; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 189.

<sup>880</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 55-57: «En las discusiones parlamentarias se enfrentan dialécticamente dos argumentos contrarios: El de la protección de los acreedores – ampliación de los plazos de impugnación, ampliación de las presunciones – y el argumento, más amplio, de la protección del tráfico, ya que facilitar la impugnación de los actos realizados por un comerciante o empresario puede traducirse en la inseguridad para todos los protagonistas de ese tráfico. Pero el sistema se da por bueno. Solo se discute la precisa correlación de los intereses en juego».

<sup>881</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 198. El autor explica que el hecho de que los efectos o resultados perjudiciales del sistema de retroacción absoluta no se hubiesen manifestado antes de la promulgación del CCom de 1885 justifica que éste mantuviera prácticamente íntegro el régimen legal de la retroacción y que la sustitución, en 1838, del sistema de retroacción absoluta del *Code* francés de 1807 por otro más propio de la retroacción relativa pasara inadvertida por nuestro legislador. Una postura más crítica con el legislador adoptaba ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 20: «Y ello es un motivo más de crítica al legislador español, ya que no deja de ser llamativo que mantenga en 1885 un instituto que el Código anterior había copiado del francés y que en Francia había desaparecido desde hacía medio siglo debido a las perturbaciones sufridas en el tráfico jurídico económico. En definitiva, el modelo inspirador de nuestro sistema de retroacción dejó de estar en vigor hace más de ciento cincuenta años».

<sup>882</sup> STS de 7 de marzo de 1931, (RJ 1931\1963). Destacamos que en esta misma sentencia el Alto Tribunal declaró por primera vez de forma meridiana la vigencia del artículo 1024 CCom de 1829 (*vid.* nota núm. 872), por lo que subrayamos su relevancia.

<sup>883</sup> *Vid.* SSTS de 17 de marzo de 1958, (RJ 1958\1436); de 9 de diciembre de 1981, (RJ 1981\5051); de 13 de julio de 1984, (RJ 1984\3980); de 28 de enero de 1985, (RJ 1985\203); de 9 de mayo de 1988, (RJ 1988\4047); de 24 de octubre de 1989, (RJ 1989\6956); de 15 de noviembre de 1991, (RJ 1991\8406), de 19 de diciembre de 1991, (RJ 1991\9405); de 11 de noviembre de 1993, (RJ 1993\8960); de 25 de octubre de 1999, recurso núm. 387\1995, (RJ 1999\811); de 2 de diciembre de 1999, recurso núm. 835/1995, (RJ 1999\8530); de 6 de febrero de 2000, recurso núm. 1450/1995, (RJ 2000\624).

retroacción fue interpretada provocó un serio conflicto con los preceptos hipotecarios que protegen al tercer adquirente de buena fe, dejando en algunas ocasiones sin efecto el principio de fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria – LH en adelante<sup>884</sup> –)<sup>885</sup>. La doctrina consideraba que estas conclusiones producían insatisfacción, suponiendo una lesión importantísima del principio de seguridad jurídica<sup>886</sup>.

Además, por si esto fuera poco, en los casos en los que la retroacción afectaba a un contrato sinalagmático, era reiterada la doctrina jurisprudencial que negaba la recíproca restitución de prestaciones, esto es, la aplicación del artículo 1303 CC: (*«Declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses,*

---

Con relación a lo expuesto, las SSTS de 12 de diciembre de 2013, (RJ 2013\8187); de 8 de abril de 2014, recurso núm. 935/2012, (RJ 2014\2309); de 9 de abril de 2014, recurso núm. 942/2012, (RJ 2014\2316), destacan que *«la jurisprudencia de esta Sala, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931, y por mucho tiempo, interpretó literalmente el art. 878. II CCom (“todos sus actos de dominio y de administración posteriores a la época a que retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”), entendiendo que las palabras empleadas por el legislador eran suficientemente claras y bastaba una interpretación literal o gramatical. De acuerdo con ello proclamaba la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, ipsae legis potestate et auctoritate, sin admitir limitaciones por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados»*. En el mismo sentido, *vid.* SSTS de 13 de diciembre de 2005, (RJ 2006\328); de 29 de julio de 2010, recurso núm. 265/2006, (RJ 2010\6945); de 27 de mayo de 2013, recurso núm. 1233/2008, (RJ 2013\4962).

<sup>884</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946).

<sup>885</sup> En concreto, *vid.* STS de 15 de noviembre de 1991, recurso núm. 24384/1989, (RJ 1991\8406): *«La nulidad radical admitida por la sentencia recurrida de todos los actos realizados por el quebrado, que se enumeran en el fallo de aquélla, no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la propiedad, y arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intangible para éste a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra como declara la S. de 17-3-1958, la inoperancia de los preceptos hipotecarios»*. Esta tesis de inoperancia del artículo 34 LH fue sostenida por SSTS como la de 16 de marzo de 1995, (RJ 1995\3482) – la cual determina que *«debe tenerse muy en cuenta, como decisivo en esta litis, la citada norma del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral»* –, y la de 16 de febrero de 2000, recurso núm. 1450\1995, (RJ 2000\624) – *«La cita del art. 34 de la Ley Hipotecaria, pretendiendo el recurrente ser un tercero hipotecario, olvida que la fe pública registral no puede sanar o convalidar un contrato nulo por encontrarse dentro del periodo de retroacción de la quiebra»* –.

<sup>886</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Notas sobre el instituto de la retroacción», *cit.*, p. 3569. Muy crítico se mostraba SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, *cit.*, pp. 108 y 109, señalando que resultaba inadmisibles esta interpretación, consecuencia de la deducción de un axioma que se presentaba como verdad evidente y no lo era, refiriéndose el autor a la declaración de que frente a la nulidad del artículo 878.II CCom resultaban inoperantes los preceptos hipotecarios. Asimismo, añadía que *«resulta cuanto menos inquietante que no puedan ser aplicados unos preceptos legales vigentes y que son posteriores al Código de Comercio»*.

*salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*»). Se llegó a entender por el Tribunal Supremo que la consecuencia jurídica de la nulidad que determinaba el artículo 878. II CCom era el reintegro a la masa de la quiebra de la prestación que la parte *in bonis* hubiese recibido del quebrado, sin devolver a aquélla el objeto de su contraprestación. El contratante *in bonis* debía contentarse con insinuarse en la masa pasiva de la quiebra, con sujeción a la ley del dividendo. Al respecto, es destacable la STS de 7 de marzo de 1973<sup>887</sup>, la cual establece lo siguiente:

*«La cuestión planteada en el presente recurso queda limitada a determinar si las consecuencias jurídicas derivadas del contrato privado de compraventa, objeto y base del litigio de tercería, deben ser, las de reintegro a la masa de la quiebra de los bienes enajenados, y devolución al comprador del precio por ésta satisfecho al quebrado, o por el contrario, ha de circunscribirse al primer extremo, con exclusión del segundo. (...) El contrato de compraventa, con su precio, en nada afecta a la Sindicatura demandada, que no fue parte en la convención, ni contrató la venta de los referidos inmuebles cuya integridad y devolución a la masa de la quiebra es el único objeto del art. 878 ya citado, en el que se basa el ejercicio de la reconvencción formulada, y como la doctrina jurisprudencial viene estableciendo no sólo que, en estos casos, no vale plantear el problema en el terreno de las relaciones jurídicas normales cuando los hechos se han desarrollado dentro del periodo de retroacción de la quiebra – Ss. de 27 de mayo de 1960 y 29 de octubre 1962, entre otras – sino que también la de 14 de noviembre 1960 ratifica y completa el sentido y alcance de aquel artículo 878 CCom, en el sentido de que no es admisible devolver el precio al comprador a tenor de los arts. 1.303, 1.304 y 1.308 CC, sin dar lugar a la restitución sobre la base del art. 878 CCom ya citado, pues por tanto, lo dispuesto en aquéllos justifica una recíproca recepción de valores “entre las partes” que han devolverse mutuamente, éste – el art. 878 – defiende la integridad de la masa de acreedores con la que, por no haberse contratado ni haber*

---

<sup>887</sup> STS de 7 de marzo de 1973, (RJ 1973\901). Sobre dicha resolución, *vid.* MARTÍN REYES, M.A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de las prestaciones. Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 1973», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 48, núm. 72, 1975, *passim*.

*recibido precio alguno, mal pueden invocarse preceptos que directamente hacen referencia a quien pactó y recibió lo que es objeto de la convención declarada nula»<sup>888</sup>.*

Así, el Alto Tribunal, al mismo tiempo que calificaba la sanción del artículo 878.II CCom como de nulidad absoluta, rechazaba los efectos de dicha declaración de nulidad. Ello no era correcto: si se entendía que el artículo 878.II CCom sancionaba con nulidad los actos realizados por el deudor durante el periodo de retroacción, esto obligaba a concluir que los efectos de esa nulidad se concretaban en la devolución o reintegro a la masa activa de la quiebra de todos aquellos bienes que salieron de ella, y si esos actos o contratos tenían obligaciones para ambas partes (eran sinalagmáticos), la sindicatura debía proceder a la devolución de los bienes entregados en su día por la contraparte al concursado, en cumplimiento del artículo 1303 CC<sup>889</sup>. La inaplicación del precepto apenas señalado provocaba un enriquecimiento injusto de la masa activa de la quiebra, pues se veía incrementada con el bien restituido por la parte *in bonis* y, a su vez, por la contraprestación que ésta hizo<sup>890</sup>. Como señala algún autor<sup>891</sup>, el patrimonio del quebrado quedaba doblemente reforzado.

---

<sup>888</sup> Destaca MARTÍN REYES, M.A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de las prestaciones. Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 1973», cit., pp. 92 y 93, que, en resumen «*la razón por la que en definitiva se niega la aplicación del art. 1.303 CC viene determinada, como así lo expresa la sentencia, porque la Sindicatura no intervino y por tanto no es considerada parte en la relación jurídica preexistente. Ciertamente, la Sindicatura no intervino en el contrato de compraventa, pero la Sindicatura es la representante legal de la masa de la quiebra, y si como tal está facultada para ejercitar las acciones de reintegración y, por tanto, para recibir los bienes que salieron indebidamente de la masa, en una lógica formal habría que pensar que los Síndicos estarían igualmente facultados para devolver la contraprestación recibida al hacer efectiva la nulidad del contrato que se trate. (...) Pese a estas consideraciones la sentencia que comentamos vuelve a insistir en la imposibilidad de realizar estas devoluciones y afirma: “éste – el art. 878 – defiende la integridad de la masa de acreedores...”*. Señalando las mismas razones, vid. SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 118.

<sup>889</sup> Así, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 77 y 78, recalcando que «*resulta plenamente aplicable el contenido normativo del artículo 1.303 CC, que – por cierto – es común a la nulidad y anulabilidad. Efecto de la nulidad propia de la retroacción es, pues, la devolución de las prestaciones*».

<sup>890</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 118; MARTÍN REYES, M.A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de las prestaciones. Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 1973», cit., p. 93: «*Efectivamente, si se reintegra a la masa lo recibido por el tercero, y a su vez, los Síndicos no le devuelven a éste la contraprestación que oportunamente hizo, como resultado se obtendrá que no se mantendrá el patrimonio del deudor tal y como estaba antes de la fecha de retroacción, sino que el mismo se verá acrecentado*».

Bastante crítico con la inaplicación del artículo 1303 CC se mostraba ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., pp. 32-35, señalando que el hecho de que la parte *in bonis* debiera insinuarse por el

En definitiva, las consecuencias tan perjudiciales para la seguridad jurídica en general y para la parte *in bonis* en particular que provocaba la línea interpretativa jurisprudencial que partió desde la STS de 7 de marzo de 1931 y que se basaba en la literalidad del artículo 878.II CCom («*Todos sus actos – actos del quebrado – de dominio y de administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*»), propiciaron diversas reflexiones en la doctrina, la cual procuró, a través de distintas interpretaciones de la normativa mercantil, dar soluciones más proporcionadas que superasen la rigidez de la jurisprudencia en la aplicación del artículo 878.II CCom. Una de estas interpretaciones fue considerar que éste contenía la declaración general de un principio que encontraba su desarrollo y aplicaciones concretas en los cuatro artículos siguientes (arts. 879, 880, 881 y 882 CCom)<sup>892</sup>. Es decir, se concebía que el artículo 878.II CCom contenía un principio general de nulidad de los actos del quebrado en el periodo de retroacción, pero el alcance de esa nulidad estaba referido a los artículos 879 a 882 CCom, los cuales eran hipótesis concretas en las que era posible la revocación de los actos del quebrado<sup>893</sup>. En otras palabras, y tal como explica algún autor<sup>894</sup>, esta teoría asignaba un mero alcance programático a la declaración del artículo 878.II CCom, como un anuncio de las determinadas acciones impugnatorias posteriores, de forma que no se consideraba existente un sistema doble de reintegración de la masa, sino que la reincorporación de bienes se concretaría en un

---

importe de su prestación en la masa pasiva de la quiebra y sujetarse así a la ley del dividendo implicaba un desconocimiento de la regla general sobre la devolución de las prestaciones, concluyendo que «*esta posición jurisprudencial sobre la retroacción bendice lo que no es más que un puro acto de despojo de los órganos de la quiebra, siendo claro a la vista del mismo que cualquier operador económico relacionado con el quebrado quiera huir de la retroacción*» (p. 35).

<sup>891</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 79.

<sup>892</sup> Defendía esta tesis VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho Mercantil comparado*, 4ª edición, Zaragoza, 1960, p. 717.

<sup>893</sup> Así se explicaba por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 62.

En palabras del defensor de esta tesis, VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho Mercantil comparado*, cit., pp. 717 y 718: «*Para nosotros, la citada norma no es más que la declaración general de un principio, que encuentra su desarrollo y aplicaciones concretas en los cuatro artículos siguientes (879 a 882). No hay por lo tanto más actos revocables que aquellos expresamente declarados como tales en la Ley, y siempre que se hubieran verificado dentro del plazo que la misma señala*».

<sup>894</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., «Artículo 71. Acciones de reintegración», cit., p. 836.

sistema de singulares acciones de impugnación localizadas en los arts. 879 a 882 CCom. No obstante, dicha tesis fue considerada como extremada y radical, no siendo seguida por muchos autores<sup>895</sup>.

Otra relevante interpretación, seguida por significativa doctrina mercantil<sup>896</sup>, era considerar que el artículo 878.II CCom tenía que ser complementado con el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1888 (LEC de 1888 en adelante), defendiéndose una interpretación sistemática. En concreto, este precepto de la LEC de 1888 determinaba lo siguiente:

*«La personalidad para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil, o que por su carácter fraudulento puedan anularse aun cuando se hubieren hecho en tiempo hábil, residirá en los síndicos como representantes de la masa de acreedores de la quiebra, y administradores legales de su haber».*

Ciertamente, tal y como destacaban los defensores de esta tesis, del precepto expuesto se podía entender sin violencia que la ineficacia debía ser pedida por los síndicos, y sólo con respecto a los actos y contratos realizados por el quebrado dentro del periodo de retroacción que hubiesen perjudicado a la masa. En consecuencia,

---

<sup>895</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 53, calificaba la interpretación de «*extremada*»; mientras GIL RODRÍGUEZ, J., «Artículo 71. Acciones de reintegración», cit., p. 836, consideraba que era «*la manera más radical de obviar el alcance arrasador de la retroacción*». ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 62, destacaba que esta construcción fue defendida por un cierto sector de procesalistas, señalando únicamente a dos autores (*vid.* la nota núm. 22). Asimismo, SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 53 (específicamente, nota núm. 53).

Destacables son los argumentos contra esta doctrina esgrimidos por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 63, señalando que no era posible compartir esta lectura del Derecho positivo, entre otras razones, porque la interpretación propuesta se encontraba en franca contradicción con los antecedentes inmediatos del sistema codificado, y porque, además, los distintos plazos de impugnación que recogían los artículos 879 a 882 CCom eran demasiado exiguos para asegurar una efectiva reintegración de la masa y para asegurar una adecuada tutela de los acreedores.

<sup>896</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 71; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 123; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Notas sobre el instituto de la retroacción», cit., pp. 3570 y 3571; FÍNEZ RATÓN, J.M., «Doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la retroacción de la quiebra en el contrato de descuento», AA.VV., *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Vol. 2, Santander, 1993, p. 137.

afirmaban que la nulidad que sancionaba el artículo 878.II CCom no era ni intrínseca ni absoluta<sup>897</sup>. Estas afirmaciones resultaban reforzadas por la práctica jurisprudencial, que en primer lugar, determinaba la necesidad de acudir a los tribunales para hacer valer la ineficacia del determinado acto o contrato realizado por el quebrado en la época de retroacción, en aquellos supuestos en que la contraparte o el actual poseedor se resistieran o se opusieran a reintegrar a la masa de la quiebra el bien en cuestión – por lo que la nulidad no era intrínseca ni automática, no estando legitimados los síndicos a ocupar aquellos bienes –<sup>898</sup>; y en segundo lugar, la jurisprudencia venía excluyendo de la ineficacia del artículo 878.II CCom el contrato de descuento, ya fuera el quebrado el banco descontante o el cliente descontatario<sup>899</sup> – por lo que no era una nulidad absoluta, pues admitía matizaciones a esa ineficacia<sup>900</sup> –.

---

<sup>897</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 65 y ss.; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., p. 277: «Abandonada la tesis de la nulidad *ipsae legis potestate et auctoritate*, que, en la lógica de esta categoría jurídica, no necesitaba ser declarada, hemos calificado esta ineficacia de *sobrevenida y funcional*, que precisa ser interesada y declarada». Vid. también pp. 123 y 124, donde este autor explica que el artículo 1366 LEC de 1888, al legitimar a los síndicos para ejercitar las pertinentes acciones, se refería a los actos perjudiciales para la masa, lo que obligaba a excluir a todos aquellos que no lo fueran: «Así entendido el precepto, resulta más conforme con la realidad práctica de las acciones de retroacción, que no pretenden retrotraer todos los efectos de la declaración a la fecha de la retroacción, instando la nulidad de la totalidad de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado en dicho tiempo inhábil; sino que se limitan a pedir la ineficacia de algunos de esos actos, aquellos que perjudican a la masa, y por ende a los intereses de los acreedores».

<sup>898</sup> En este sentido, vid. SSTS de 13 de julio de 1984, (RJ 1984\3980); de 9 de mayo de 1988, (RJ 1988\4047); de 15 de noviembre de 1991, recurso núm. 24384/1989, (RJ 1991\8406); de 20 de junio de 1996, recurso núm. 3313/1992, (RJ 1996\5077); de 26 de marzo de 1997, recurso núm. 1620/1993, (RJ 1997\2539). Esta última sentencia, en la misma línea que las demás destacadas, establece lo siguiente: «Así pues, aplicando el artículo 878 del Código de Comercio se produce, tal como dice la Sentencia de 20 junio 1996 ( RJ 1996\5077), una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa “*ope legis*”, y que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado. La referida nulidad sólo supedita los efectos en cuanto precisa sea declarada judicialmente en aquellos casos en que determinada persona se oponga a la misma». Asimismo, vid., SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, cit., pp. 51 y 233.

<sup>899</sup> En cuanto a la exclusión de la retroacción de la quiebra del contrato de descuento cuando el quebrado era la entidad descontante, vid. SSTS de 10 de marzo de 1976, (RJ 1976\1176); de 15 de octubre de 1976, (RJ 1976\3960); de 12 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4185); – todas las sentencias enumeradas se refieren a la quiebra de la Caja de Crédito Popular –. En ellas el Tribunal Supremo argumenta que la operación de descuento no produce una disminución en el patrimonio del descontante quebrado ni, por tanto, en la masa de la quiebra. El Alto Tribunal aclara que con el descuento el banco descontante se repone del anticipo o anticipos que haya realizado con el percibimiento de las cantidades satisfechas por los librados, a lo que añade que la operación se realiza «salvo buen fin», calificando este extremo como de gran importancia, además de que el descuento constituye una de las operaciones propias del tráfico de los bancos.



Teniendo en cuenta lo anterior, algún autor defensor de esta tesis de interpretación sistemática de los artículos 1366 LEC de 1888 y 878.II CCom destacaba con acierto que, si bien este último precepto hablaba de nulidad, no existía rigor en el empleo de términos técnicos en el derogado Título I del Libro IV del CCom, denominado «*De la suspensión de pagos y de la quiebra en general*», ni en las disposiciones concordantes de la LEC de 1888<sup>901</sup>, concluyendo que la correspondiente sanción del artículo 878.II CCom debía calificarse de rescisión y no de nulidad<sup>902</sup>.

No obstante las interpretaciones expuestas, las cuales establecían distintas lecturas del artículo 878.II CCom con el propósito de superar la tesis que sostenía la

---

Sobre la exclusión de la retroacción de la quiebra del contrato de descuento cuando el quebrado era el cliente descontatario, *vid.* SSTS de 28 de mayo de 1960, (RJ 1960\2062); 20 de mayo de 1975, (RJ 1975\2191), argumentando que el descuento no implica disminución o alteración del patrimonio del descontatario-quebrado, estimándose por el Tribunal Supremo que dicha operación implica esencialmente una sustitución de valores (efectos por valor equivalente a la fecha de la operación). No obstante la STS de 19 de diciembre de 1991, (RJ 1991\9405) rompe con la solución alcanzada en las sentencias destacadas, estableciendo que «*las operaciones de descuento, cuando el quebrado es el cliente de la entidad bancaria o crediticia descontante, efectuadas por el Banco durante el periodo de retroacción de la quiebra, se hallan afectadas por la declaración de nulidad establecida en el apartado 2º del mencionado art. 878 del Código de Comercio*».

Sobre todas las sentencias enumeradas, *vid.* FÍNEZ RATÓN, J.M., en «Doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la retroacción de la quiebra en el contrato de descuento», *cit.*, pp. 139-148, y en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, 1992, *passim*.

<sup>900</sup> En este sentido, SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, *cit.*, p. 233. *Vid.* también ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *cit.*, p. 67.

<sup>901</sup> Así, SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, *cit.*, p. 213, citando al profesor DE CASTRO Y BRAVO, F., en su trabajo «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», que puede consultarse en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. 1, Madrid, 1997, pp. 141 y ss.: «*No es extraño que De Castro llame la atención acerca del espantoso desorden que en el empleo de los términos reina en el Código de Comercio y en las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la quiebra: “Se habla de anulación por fraude (arts. 881 del CCom y 1366 LECiv), de ineficacia por fraude (arts. 880 del CCom y 1368, 1369 y 1375 LECiv), de devolución a la masa (art. 879 del CCom), revocación a instancia del acreedor (art. 882 CCom) y de nulidad y revocación (art. 1377 LECiv)*”. Y ello sin contar este autor con el término “nulos” que emplea el art. 878.2 para sancionar los actos de dominio y administración realizados por el quebrado desde la fecha de retroacción». Que la nulidad, la anulabilidad y la rescisión distaban en el siglo XIX de estar deslindadas en la debida forma, siendo con frecuencia confundidas por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina es un aspecto que destaca ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, *cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>902</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, *cit.*, pp. 286 y 287.

jurisprudencia imperante, es destacable que renombrados mercantilistas<sup>903</sup>, a pesar de criticar la fórmula de retroacción del artículo 878.II CCom, por los inconvenientes que ocasionaba a la seguridad del tráfico jurídico, apoyaban la interpretación rigorista realizada por el Tribunal Supremo. Así, declaraban la certeza de dicho criterio jurisprudencial a favor de la nulidad absoluta *ipsae legis potestate et auctoritate* basándose en que la LEC de 1888 no regulaba ningún procedimiento para declarar judicialmente la nulidad de los actos realizados con posterioridad a la época de retroacción, y en cambio sí que lo regulaba para anular los actos incluidos en los artículos del CCom de 1829 equivalentes a los artículos 879 a 881 del CCom de 1885<sup>904</sup>.

Con todo, a pesar de los esfuerzos de parte de la doctrina en el análisis y estudio del artículo 878.II CCom, la jurisprudencia siguió apegada a la interpretación literal del texto<sup>905</sup>. Consecuentemente, el legislador tuvo que reaccionar, protegiendo determinados negocios jurídicos de la retroacción absoluta de la quiebra a través de excepciones legales, que fueron denominadas por la doctrina «fugas de la retroacción»<sup>906</sup>. Entre ellas se encontraba la disposición adicional tercera de la Ley

---

<sup>903</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 464 y 465.

<sup>904</sup> Así, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 464.

<sup>905</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 23, consideraba «*impresentable*» tanto el mantenimiento del segundo párrafo del artículo 878 CCom, como que, a pesar de los esfuerzos de una parte de la doctrina para poner algo de orden en la materia, el legislador y la jurisprudencia permanecieran impasibles: «*No deja de ser triste que, a medida de que los esfuerzos para avanzar en el conocimiento jurídico son mayores, nuestro Derecho legislado y aplicado se degrada cada vez más*».

<sup>906</sup> La denominación «fuga de la retroacción» es utilizada por GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 20. Enumeran todas las normas que excepcionaban o limitaban el régimen del artículo 878.II CCom GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», cit., p. 621 (especialmente, nota núm. 135); así como GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., pp. 18 y 19. Éstas eran las siguientes: el texto original del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981); el artículo 4 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre los Fondos de Titulación Hipotecaria (BOE núm. 168, de 14 de julio de 1992); el texto original del apartado primero de la disposición adicional séptima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994); el artículo cuarto, apartados decimotercero y decimotercero de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1998); el texto original del artículo 11.1, segundo párrafo, de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre,

1/1999, de 5 de enero, la cual tenía como fin, preponderadamente, evitar el juego de la retroacción tanto en la quiebra del cedente o cliente de la entidad de *factoring* como en la quiebra del deudor cedido<sup>907</sup>.

Esta actuación del legislador provocó críticas por parte de la doctrina, en el sentido de que originaba un régimen desigual, pues únicamente se beneficiaban de la medida los empresarios designados por las distintas normas especiales o excepcionales<sup>908</sup>. En lo que aquí interesa – esto es, en el ámbito del *factoring* – se esgrimió por algún autor<sup>909</sup> que la excepción al régimen de retroacción absoluta en caso de quiebra del cedente, establecida en el apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, así como en caso de la quiebra del deudor cedido, establecida en el apartado cuarto de la citada disposición adicional, resultaba un privilegio para las entidades de *factoring*, considerándose por aquél que no existía razón específica de política jurídica para este singular trato de favor, concluyendo, por tanto, que era contrario al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución española<sup>910</sup>.

---

sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores (BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 1999); el texto original de los apartados tercero y cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (BOE núm. 5, de 6 de enero de 1999); y el artículo 17, apartado tercero, de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002) – esta última norma, la cual añadió un apartado quinto al artículo 100 del Real Decreto Legislativo, 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la incluimos nosotros a la lista realizada por los autores destacados –.

<sup>907</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 19, el cual destaca que, incorrectamente, la Exposición de Motivos de la citada Ley sólo se refiere a la insolvencia del cedente.

<sup>908</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 25.

<sup>909</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 90.

<sup>910</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., pp. 91 y 92: «No se advierte la razón por la cual se debe conceder a las entidades de *factoring* el singular trato de favor recogido en la disposición adicional y las razones expuestas por la Exposición de Motivos de la Ley 1/1999 son demasiado generales: no se protege precisamente a alguien débil, ni se protege a quien no tiene medios para conocer el funcionamiento de un juicio universal de quiebra al no ser empresario, ni se protege a quien pueda considerarse que padece más que otros la quiebra de los empresarios cedentes o de los deudores cedidos, ni se protege a quien por su actuación en la realidad demuestra siempre una especial buena fe... Por ello, se puede concluir que se está en presencia de una situación de privilegio de las que impide el artículo 14 de la Constitución española».

En conclusión, las normas excepcionales blindaron los negocios jurídicos a los que las mismas se referían, protegiéndolos de la retroacción absoluta y de la interpretación literal del artículo 878.II CCom que realizaba la jurisprudencia. Es destacable, en relación con esta doctrina jurisprudencial, que la LCon establecía, en su disposición transitoria primera, que los procedimientos de quiebra que se hubieren encontrado en tramitación a la entrada en vigor de la misma seguirían rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior<sup>911</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia cambió la forma de interpretar el 878.II CCom cuando era aplicado a esos procedimientos, en cumplimiento de la disposición adicional primera de la LCon. Esta prescribía que *«los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad»*. Así, tal y como establece el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de abril de 2014<sup>912</sup> – siendo origen de este procedimiento una demanda de retroacción realizada por la sindicatura de una sociedad quebrada – procede considerar ineficaces sólo los actos comprendidos en el periodo de retroacción que ocasionen un perjuicio para la masa, interpretándose conjuntamente el artículo 878.II CCom y el artículo 1366 LEC de 1881, siendo esto acorde con la ya expuesta disposición adicional primera de la LCon, concluyendo que *«la concepción de ineficacia del art. 878.II CCom como una rescisión basada en el perjuicio para la masa de la quiebra, se acomoda mejor al espíritu y finalidad de la actual rescisión concursal»*<sup>913</sup>.

---

<sup>911</sup> Disposición transitoria primera LCon: *«Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior sin más excepciones que las siguientes...»*.

<sup>912</sup> STS de 9 de abril de 2014, recurso núm. 942/2012, (RJ 2014\2316).

<sup>913</sup> Fundamento de Derecho octavo, STS de 9 de abril de 2014, recurso núm. 942/2012, (RJ 2014\2316).

### 3. **FACTORING Y RESCISIÓN CONCURSAL EN EL SUPUESTO DE CONCURSO DEL CEDENTE**

#### 3.1. **El régimen anterior del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero: excepción legal a la retroacción de la quiebra**

Recapitulando lo expuesto en la introducción de este capítulo, la protección de la actividad de *factoring* de la retroacción de la quiebra tuvo lugar a resultas de la labor de la *Comisión Especial para la Simplificación del Ordenamiento jurídico-Económico*, que en un determinado informe, fechado en julio de 1996<sup>914</sup> estableció como propuesta la supresión del artículo 878.II CCom. La respuesta parcial a dicho planteamiento vino con la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero<sup>915</sup>. El texto original de su apartado tercero establecía lo siguiente:

*«3. En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2º, del Código de Comercio, respecto a las cesiones reguladas en esta disposición, si se cumplen los requisitos establecidos en la misma y consta la certeza de la fecha de la cesión por cualquiera de los medios de prueba a que se refiere el apartado anterior».*

En primer lugar, con respecto a este apartado, pueden destacarse algunos defectos de técnica legislativa, que motivaron interpretaciones de la doctrina que a nuestro juicio resultan erróneas. Así, se entendió por algún autor<sup>916</sup> que este apartado parecía incluir, para los supuestos de quiebra del cedente, una limitación a lo previsto en el apartado segundo, relativo al régimen de eficacia frente a terceros de las cesiones de crédito a las

---

<sup>914</sup> Dicho informe, titulado «Informe de la Comisión Especial para la simplificación del ordenamiento jurídico» puede consultarse en *Derecho de los Negocios*, núm. 76, 1997, pp. 81-94. En general, sobre esta Comisión y sobre el contenido del informe, *vid.* nota núm. 863.

<sup>915</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 143; ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 78. Este último autor destaca que el Informe de la Comisión Especial abogaba por una normativa que excluyera la aplicación del artículo 878.II CCom, aunque sin concretar la misma.

<sup>916</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 149.

que se refiere la disposición adicional que tratamos<sup>917</sup>. Si bien ese apartado segundo determina que dichas cesiones son oponibles «*desde la fecha de celebración del contrato de cesión*» (siempre que se justifique la certeza de esa fecha), el apartado tercero que aquí examinamos se refería a la certeza de «*la fecha de la cesión*», identificándose esta última por aquel sector doctrinal como distinta de la anterior. En concreto, se entendía por dicha doctrina que el citado término se refería a la «*fecha de la cesión propiamente dicha*», considerándose que se producía así una derogación del criterio establecido en el apartado segundo para la oponibilidad de la cesión de créditos<sup>918</sup>.

Sin embargo, y al contrario de la tesis expuesta, sostenemos que «*la fecha de celebración del contrato de cesión*» (apartado 2º) y «*la fecha de la cesión*» (apartado 3º, en su redacción original) se refieren a lo mismo<sup>919</sup>, puesto que en el caso de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros ya explicamos en este trabajo<sup>920</sup> que la cesión de los créditos a los que se refiere tiene lugar con la conclusión del contrato de *factoring*. Cuando nacen esos créditos, el cliente-cedente debe comunicar el surgimiento de los mismos al factor, pero, como también expusimos, ello no cumple ninguna función traslativa, tratándose simplemente de un modo para que el factor tenga noticia de la existencia de aquéllos. A esta comunicación no puede denominársele, como parece hacer aquel sector doctrinal cuya tesis se ha expuesto, «*cesión propiamente dicha*», porque la cesión en sí misma se produce con el propio contrato de *factoring*.

Y en el caso, menos frecuente en la práctica, de *factoring* preliminar, el contrato de *factoring* produce sólo efectos obligatorios entre las partes (en su configuración, el

---

<sup>917</sup> Sobre esta cuestión en el presente trabajo, *vid.* apartado 3 del capítulo sexto.

<sup>918</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., pp. 149 y 150, la cual señala que existen distintas consecuencias según se tome como criterio de oponibilidad «*la fecha del contrato de cesión*» o «*la fecha de la cesión propiamente dicha*», indicando que la cuestión «*hace renacer el debate sobre la eficacia de la cesión de créditos futuros*». *Vid.* también p. 163.

<sup>919</sup> Parece entenderlo también así ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 82, siendo criticada esta postura por ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 150 (específicamente nota núm. 101), considerando que dicho autor «*no ha apreciado el matiz que diferencia el criterio de oponibilidad tal y como queda delimitado en cada uno de los dos apartados citados – apartado 2 y apartado 3 –*».

<sup>920</sup> *Vid.* apartado 2.2 del capítulo tercero de este trabajo.

empresario se obliga a ceder los créditos especificados y la sociedad de *factoring* a aceptarlos, si cumplen las condiciones estipuladas), por lo que habrá tantos negocios de cesión como créditos se transfieran, siendo estos los únicos productores de efectos traslativos y considerándose tales como «*contratos de cesión*», identificándose también en estos casos la «*fecha de celebración del contrato de cesión*» con «*la fecha de la cesión*».

Tras lo expuesto, toda esta labor interpretativa, realizada con el objeto de averiguar lo que el legislador expresaba, habría sido innecesaria si la norma no hubiese incurrido en vacilaciones y se hubiera referido en el apartado tercero a la «*fecha de la celebración del contrato de cesión*», utilizando los mismos términos que en el apartado segundo.

Como otro defecto de técnica legislativa, se destacó que mientras este apartado tercero, en su redacción original, se refería a la acción *ex* artículo 878.II CCom como acción de nulidad, el apartado cuarto (relativo a la quiebra del deudor cedido), también en su redacción original, se refería a la misma como acción de revocación. Estos son distintos tipos de ineficacia que no deben confundirse (la nulidad corresponde a una ineficacia estructural y la revocación a una ineficacia funcional), resultando aún más criticable que dicha confusión se produjera en el seno de dos apartados consecutivos de una misma disposición<sup>921</sup>.

Una vez expuestos los importantes defectos de los que adolecía el apartado tercero, nos centraremos en su consecuencia jurídica: en caso de quiebra del cedente la norma excluía del régimen de la retroacción a determinadas cesiones de créditos. No obstante la disposición adicional tercera no mencionaba ni menciona en su parte dispositiva al contrato de *factoring*, la Ley donde está integrada sí se refiere al mismo en su exposición de motivos, determinando que con dicha disposición «*se persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como “factoring”*», además de que su supuesto de hecho (apartado 1) establece una serie de características propias de las

---

<sup>921</sup> Son palabras de ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., pp. 79 y 80.

cesiones de créditos ligadas a dichos contratos<sup>922</sup>. Como ya dijimos, la referida disposición adicional tercera se aplica al *factoring* con regreso y sin regreso, excluyendo al *factoring* en comisión de cobranza, que, como también expusimos, no produce cesiones plenas<sup>923</sup>.

Esta regla especial o excepción legal a la retroacción no significaba que las cesiones de crédito sometidas a la disposición adicional tercera fuesen inatacables: estas cesiones podían ser objeto de impugnación si se hubiesen realizado en fraude de acreedores. Con respecto a esta cuestión, la doctrina se mostraba dubitativa en cuanto a la determinación de la vía de impugnación de las referidas cesiones en supuestos de fraude, debido a la modificación que sufrió este apartado tercero durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/1999, de 5 de enero<sup>924</sup>. En el texto del Proyecto de Ley dicho apartado establecía que «*En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2º, del Código de Comercio, respecto a las cesiones reguladas en esta disposición (...) salvo que se demuestre la existencia de fraude*»<sup>925</sup>. Tras aceptarse una enmienda fundamentada en la «*mejora técnica*»<sup>926</sup>, se

---

<sup>922</sup> IGLESIAS ESCUDERO, S., «La rescisión en sede concursal de las cesiones de créditos ligadas a las operaciones de *factoring*», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 162, 2014, p. 75. Tal y como expusimos en el apartado 5.1 del capítulo segundo de este trabajo, el hecho de que la disposición adicional tercera, en su parte dispositiva, no limite su ámbito de aplicación al contrato de *factoring*, tiene como consecuencia que también se pueda aplicar a otras cesiones de créditos distintas a las propias de este negocio jurídico, siempre que cumplan todos los requisitos establecidos en su supuesto de hecho.

<sup>923</sup> *Vid.* apartado 5.1 del capítulo segundo y apartado 3 del capítulo quinto del presente trabajo.

<sup>924</sup> Así, ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., pp. 152 y ss.: «*Es necesario detenernos en la modificación de que fue objeto este apartado durante la tramitación parlamentaria de la Ley, con la finalidad de suprimir de la versión original que aparecía en el Proyecto la excepción que en éste se preveía al final del párrafo (...). El resultado de haber suprimido la referencia al fraude nos plantea nuevos interrogantes, pues lo que es incuestionable es que una actuación fraudulenta no puede quedar protegida por lo dispuesto en esta disposición. (...) La cuestión que se plantea es la de determinar la vía adecuada para impugnar una cesión de créditos sometida a la d.a.3ª de la Ley 1/1999 en la que las partes hayan actuado fraudulentamente*». También GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», cit., p. 31.

<sup>925</sup> El texto del Proyecto de Ley reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras puede consultarse en el BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 115-1, de 19 de mayo de 1998 – [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A\\_115-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A_115-01.PDF) – fecha de consulta: 30 de mayo de 2021 –).

<sup>926</sup> Enmienda núm. 82, presentada por el Grupo Popular, por la que se propone la modificación en la redacción del apartado 3 de la disposición adicional tercera (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 115-7, de 29 de septiembre de 1998–



suprimió la excepción del final del párrafo. El resultado de esa supresión originó dudas en la doctrina: algunos autores<sup>927</sup> comparaban esta exclusión de la retroacción absoluta de la quiebra de la norma que tratamos con otras disposiciones que tenían la misma finalidad con respecto a otros negocios jurídicos – esto es, que establecían lo que anteriormente hemos denominado «*fuga de la retroacción*» –, en las que el legislador sí que había establecido la posibilidad de impugnar aquéllos cuando se demostrase la existencia de fraude «*al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra*»<sup>928</sup>. Es decir, en estos supuestos, se había establecido la vía para impugnar dichas operaciones si adolecían de fraude: el artículo 878.II CCom. Sin embargo, en el

---

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A\\_115-07.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A_115-07.PDF) – fecha de consulta: 30 de mayo de 2021 –).

<sup>927</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 156.

<sup>928</sup> Así, el texto original del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario: «*Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo segundo solo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo ochocientos setenta y ocho del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél*»; el artículo 4 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre los Fondos de Titulación Hipotecaria, el cual añadía un párrafo al artículo 15 de la apenas citada Ley 2/1981, estableciendo una extensión del régimen anterior a supuestos inicialmente no previstos por él: «*En caso de quiebra de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnabile en los términos del artículo 10*»; y el artículo 4 de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de Reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que modificaba sus artículos 54 y 59. En concreto, dicho precepto añadió al artículo 54 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores el siguiente párrafo: «*En caso de declaración judicial de quiebra o admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos de una entidad adherida, el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores gozará de derecho absoluto de separación respecto de los bienes o derechos en que se materialicen las garantías constituidas a favor del Servicio por sus entidades adheridas. Sin perjuicio de lo anterior, el sobrante que reste después de la liquidación de las operaciones garantizadas se incorporará a la masa patrimonial concursal de la entidad en cuestión. Las mencionadas garantías sólo serán impugnables al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de la garantía*»; y dio una nueva redacción al artículo 59 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, estableciendo en el segundo párrafo de su último apartado que «*En caso de quiebra de un miembro o de un cliente de los Mercados Secundarios Oficiales de Futuros y Opciones, la constitución o aceptación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado sólo será impugnabile al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución o afectación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado*». En general, sobre las excepciones legales al artículo 878.II CCom, *vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., pp. 17 y ss., así como GARCÍA SOLÉ, F., «*La reciente normativa sobre factoring*», cit., p. 1654.

apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, el legislador no estableció el modo, no determinó el régimen de impugnación de las cesiones de créditos fraudulentas. En este punto, estamos de acuerdo con un sector doctrinal que alabó la supresión más arriba destacada, explicando que en caso de fraude no procedía ejercer la acción del artículo 878.II CCom, y considerando, por tanto, positiva la modificación de la norma durante la tramitación parlamentaria, pues realmente se producía la «*mejora técnica*» en la que se fundamentaba<sup>929</sup>. En efecto, la exigencia de la prueba del fraude como requisito para lograr la ineficacia *ex* artículo 878.II CCom no se adecuaba a la naturaleza de la sanción establecida por la norma en su sentido literal (nulidad *ope legis*)<sup>930</sup>. Realizada esta crítica, concluimos que para la impugnación por fraude de las cesiones de créditos efectuadas mediante contratos de *factoring* que entraban dentro del supuesto de hecho de la redacción original de la disposición adicional tercera la acción que había que interponer era la pauliana (arts. 1111 y 1291 CC) o la del artículo 882 CCom<sup>931</sup> – esta última se podía ejercitar hasta la entrada en vigor de la LCon, que, como sabemos, derogó el Título donde se contenía dicho precepto –.

Llegados a este punto, toca referirnos al problema que ya introducimos al principio de este capítulo en relación con la promulgación de la LCon. La cuestión era que la citada Ley, en su disposición adicional segunda, apartado 2.f, declaraba la vigencia de

---

<sup>929</sup> Así lo manifestaba ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 81. Calificaba dicha opinión de «*discutible*» GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., p. 31 (específicamente nota núm. 45), sosteniendo que los cambios en los requisitos de la acción no tenían porqué impedir necesariamente su ejercicio.

<sup>930</sup> Se reconocía así por ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 156 (específicamente nota núm. 110) al tratar las demás excepciones legales de la retroacción de la quiebra, compartiendo la opinión de ESCRIBANO GAMIR, C., *Las acciones impugnatorias en la quiebra, en el marco del sistema concursal: Derecho vigente y reforma*, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 269 (específicamente, nota núm. 246), que sobre el artículo 59 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, tras su reforma por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre (cuyo tenor literal hemos transcrito en nota núm. 928) destacaba: «*No obstante la clara finalidad supresora de la norma de los efectos absolutos y radicales de la sanción de nulidad – dispuesta en el artículo al que remite el régimen de impugnación de estos actos –, en una primera aproximación la disciplina causa cierta perplejidad. En efecto, al exigirse la prueba del fraude como requisito para lograr la ineficacia, el legislador se enfrenta al propio régimen del artículo 878.2 del CCom, al querer, según parece, transmutarlo en esta sede en una acción rescisoria del tipo de la prevenida en el art. 881 del citado texto legal, donde, como se sabe, la anulación de los actos consignados exige previa demostración del fraude*».

<sup>931</sup> Esta posibilidad la establecía GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., p. 31.

«la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras», la cual se refería al artículo 878.II CCom, habiendo sido éste derogado por la propia LCon (apartado 3.3º de su disposición derogatoria única). El desajuste que provocaba la falta de adaptación de la referida disposición adicional tercera a la nueva LCon hizo surgir distintas teorías en relación a cómo debía interpretarse el contenido de su apartado tercero, relativo a la quiebra del cedente.

Parte de la doctrina consideraba que la referencia que hacía el apartado tercero al artículo 878 CCom debía sustituirse por el artículo 71 LCon, en base a que la LCon establecía la vigencia de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 como legislación específica, por lo que afirmaban que continuaba la exclusión, en este caso, al régimen de la rescisión concursal<sup>932</sup>. Otro sector, sin embargo, sostenía que la referencia al artículo 878 CCom quedaba sin contenido, al haber desaparecido el objeto de la remisión, no pudiéndose reconstruir dicha remisión conforme a las nuevas categorías establecidas por la LCon: concluían, por tanto, que la rescisoria concursal del artículo 71 LCon se aplicaba a las cesiones de créditos referidas en la disposición adicional tercera, entendiendo que la especialidad del régimen había desaparecido en este punto<sup>933</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, existen escasos pronunciamientos que se refieran al periodo en que la disposición adicional tercera no casaba con la LCon, lapso de tiempo

---

<sup>932</sup> Así se pronunciaban LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 93, destacando que «el legislador ha querido hacer inmune el mercado financiero al sistema de reintegración establecido en la Ley Concursal en los términos previstos en la legislación específica». Vid. también LEÓN SANZ, F., «Las acciones de reintegración y el contrato de factoring», cit., p. 4156.

<sup>933</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 455: «La Ley 1/1999 quería poner a salvo a las operaciones de factoring de los efectos de la retroacción absoluta: este era su propósito, no el de privilegiar sin más a las entidades de factoring. Ello se consigue también hoy, sin necesidad de ningún régimen excepcional. Lo que ya no tiene justificación es pensar que, porque el régimen del factoring ya nació como excepcional, deberá seguir manteniéndose como excepcional. (...) Por tanto, ha de concluirse que la revocatoria concursal del art. 71 se aplica en condiciones normales a las operaciones de cesión de créditos previstas en la Ley 1/1999». Que las excepciones a la retroacción absoluta de la quiebra establecidas en normas especiales no podían extenderse a la rescisión concursal lo destacaba también ESPÍN GUTIÉRREZ, C., «Disposición adicional segunda. Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras», cit., p. 3047.

que se concreta desde la entrada en vigor de esta última, en septiembre de 2004<sup>934</sup>, hasta la modificación de la referida disposición adicional por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público – cuya entrada en vigor se produjo en abril de 2008<sup>935</sup> –. Podemos destacar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, de 26 de junio de 2006<sup>936</sup>, que siguió la primera corriente de opinión expuesta, declarando que la disposición adicional tercera aparecía en la LCon (apartado 2.f de su disposición adicional segunda) como una de las especialidades que escapaban del régimen concursal general, concluyendo que ello conducía a tener las cesiones de créditos a las que se refería como inmunes frente al régimen de reintegración concursal *ex* artículo 71 LCon.

### **3.2. El régimen actual del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero: inexistencia de régimen concursal especial**

#### **3.2.1. Fundamento de la modificación del régimen originario establecido en caso de concurso del cedente**

La modificación del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (disposición final tercera), puso punto y final a la controversia sobre cómo debía interpretarse su contenido. El texto del precepto quedó redactado del siguiente modo, siendo éste el régimen actual:

*«3. En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».*

De esta forma, desaparecía el régimen especial originario establecido para el caso de concurso del cedente. Actualmente, las cesiones de créditos derivadas de los

---

<sup>934</sup> Disposición final trigésimo quinta LCon.

<sup>935</sup> Disposición final duodécima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

<sup>936</sup> SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 26 de junio de 2006, (JUR 2006\299838).

contratos de *factoring* a los que se les aplica la disposición adicional tercera no gozan de inmunidad, quedando sujetas al régimen común de la rescisión concursal<sup>937</sup>. Cabe recordar en este punto lo que expusimos más arriba: en aplicación de la disposición adicional segunda del TRLCon, la referencia al artículo 71 LCon se entiende realizada al precepto correspondiente en el TRLCon (art. 226)<sup>938</sup>.

Con respecto a la nueva redacción del precepto, la doctrina se ha preguntado sobre su alcance, determinando algún autor que la norma resulta ahora superflua, pues no resulta necesario que se establezca expresamente la asunción de un contrato o acto al régimen general<sup>939</sup>. Indiscutiblemente, esto último es cierto, pero en este caso concreto lo que ha querido el legislador es dejar clara la ruptura con el régimen excepcional anterior, poniendo con ello fin a la duda planteada como consecuencia de la desaparición de la retroacción de la quiebra. Ese es el alcance que tiene la norma: su finalidad es aclaratoria<sup>940</sup>.

Desde luego, tal y como destaca autorizada doctrina, la rescisión concursal evita los mismos inconvenientes que se trataban de eludir con la redacción originaria del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999. La razón por la

---

<sup>937</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 457: «La especialidad histórica que privilegió el régimen del *factoring* desde 1999 – a saber, la resistencia de estas cesiones a la acción de nulidad ordinaria por retroacción de la declaración de la quiebra – ha desaparecido, quedando hoy sujeta al régimen común de la revocatoria concursal contra el cesionario en caso de concurso del cedente».

Como vemos, la cuestión se resolvió a favor de la segunda tesis expuesta en el epígrafe anterior, esto es, aquella que concluía que la rescisión concursal se aplicaba a las cesiones de créditos referidas en la disposición adicional tercera, entendiendo que la referencia de su apartado tercero al artículo 878 CCom quedaba sin contenido, al haber desaparecido el objeto de la remisión. Destaca que la cuestión se resolvió en este sentido, por él mismo propugnado, CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 456.

<sup>938</sup> *Vid. supra* apartado 1 *in fine* de este capítulo octavo.

<sup>939</sup> Así, ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y *factoring*», cit., p. 35: «¿Qué alcance tiene esta norma? Desde nuestro punto de vista, ninguno. La norma resulta ahora superflua, porque no hace falta que diga expresamente, ni ésta ni ninguna norma, que tal o cual contrato o acto queda sometido al régimen general del art. 71 LCon».

<sup>940</sup> Destaca que la finalidad del precepto es aclaratoria ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 270. También llega a esta conclusión ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y *factoring*», cit., p. 35, aunque lo considera superfluo.

que el legislador en dicho apartado excepcionó el régimen del artículo 878.II CCom fue proteger al *factoring* de los efectos de la retroacción absoluta en caso de quiebra del cedente. Pero tras la derogación del artículo 878 CCom y la instauración por la LCon de un nuevo sistema de reintegración de la masa se hacía innecesaria dicha excepción<sup>941</sup>: la rescisión concursal no se basa en un régimen de indiscriminada ineficacia de los actos y contratos realizados por el deudor concursado, sino que requiere como presupuesto un perjuicio para la masa activa del acto en cuestión (art. 226 TRLCon).

De lo expuesto se podría llegar a la conclusión de que la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, está vacía de contenido, puesto que la referida Ley, en su exposición de motivos, determina que aquélla tiene como fin reforzar «*la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente*», y tras la modificación realizada por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, no existe protección especial alguna, estando las cesiones a las que se refiere la disposición adicional tercera sometidas al régimen concursal general. No obstante, la citada disposición tiene más cometidos, aunque éstos no hayan sido expuestos en la exposición de motivos de la Ley 1/1999, de 5 de enero: hablamos del reconocimiento de la viabilidad de la cesión global y anticipada de créditos futuros (apartado 1.3º), del especial régimen de oponibilidad que establece con respecto a las cesiones previstas en ella (apartado 2) y del régimen especial en caso de concurso del deudor cedido, con respecto a los pagos realizados por éste al cesionario<sup>942</sup>, el cual se continúa

---

<sup>941</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 455: «*La Ley 1/1999 quería poner a salvo las operaciones de factoring de los efectos de la retroacción absoluta: era éste su propósito, no el de privilegiar sin más a las entidades de factoring. Ello se consigue también hoy, sin necesidad de ningún régimen excepcional*». Asimismo, ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 208: «*En relación con lo dispuesto en el número 3 (...) hay que tener en cuenta que el régimen de reintegración de la masa activa del concurso previsto en la Ley Concursal se adecua estrictamente a los objetivos que en su día justificaron que se incluyera en la d.a 3ª de la Ley 1/1999 esta excepción al juego de la retroacción de la quiebra*».

En el mismo sentido, MARTÍNEZ ROSADO, J., «*El nuevo régimen de las cesiones de créditos en el concurso (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras)*», cit., p. 663: «*La modificación, en suma, solo puede verse con buenos ojos (...) la aplicación del régimen de reintegración a las cesiones de créditos contenido en la nueva redacción de la disposición adicional tercera de la Ley de Entidades de Capital-Riesgo evita los mismos inconvenientes que se trataban de eludir con la redacción anterior*».

<sup>942</sup> Sobre esto último, destacamos en este capítulo (apartado 2 *in fine*) que evitar el juego de la retroacción en caso de quiebra del cedente o cliente de la entidad de *factoring* era fin preponderante de la disposición adicional tercera, junto con evitarlo en caso de quiebra del deudor cedido (*vid.* nota núm. 907).

reconociendo tras la modificación de la disposición adicional tercera por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (apartado 4).

Así pues, no estamos de acuerdo con la doctrina que propugna la derogación de la disposición adicional tercera<sup>943</sup>, pues ésta aún conserva una relevante utilidad en los aspectos destacados, aunque sean extraños al fin de la norma expresado en la exposición de motivos de la Ley 1/1999, de 5 de enero<sup>944</sup>.

Una vez expuesto el régimen actual de la disposición adicional tercera, es necesario destacar que nos resulta sorprendente que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil – que como ya hemos señalado en este trabajo<sup>945</sup> regula el contrato de *factoring* en los artículos 577-10 a 577-13, dentro de un capítulo denominado «*cesiones financieras de créditos*» – determine que, en caso de concurso del cedente, las cesiones de crédito derivadas de un contrato de *factoring* sólo podrán ser objeto de rescisión en caso de que el cedente y cesionario hubieran obrado de mala fe (art. 577-13 en relación con el art. 577-3<sup>946</sup>)<sup>947</sup>. Como hemos expuesto, la rescisión concursal evita los mismos

---

<sup>943</sup> ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y *factoring*», cit., p. 35 (específicamente, nota núm. 113), el cual señala que debe abrogarse la disposición adicional tercera al haber desaparecido su genuina razón de ser. También GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», cit., p. 622.

<sup>944</sup> Así se destaca por GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso del cedente en el contrato de *factoring* y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal», cit., p. 437, si bien se refiere a algunos aspectos distintos de los aquí expuestos, como a la inclusión de los créditos públicos como susceptibles de cesión; no mencionando en este punto ni el régimen especial en caso de concurso del deudor cedido – pues señala en nota núm. 2 que no lo abordará en el trabajo – ni el especial régimen de oponibilidad del apartado 2 de la disposición adicional tercera.

<sup>945</sup> Apartado 5.2 del capítulo segundo.

<sup>946</sup> Artículo 577-13. Régimen concursal: «*Las cesiones de crédito derivadas de un contrato de factoraje, no podrán ser objeto de rescisión en caso de concurso del cedente o del deudor cedido más que en los términos previstos en las disposiciones generales sobre cesiones financieras de créditos, sin perjuicio de la vigencia del contrato conforme a las reglas establecidas en la normativa concursal*». Es decir, dicho artículo remite al artículo 577-3.1, que regula el régimen concursal de las cesiones financieras de crédito, estableciendo lo siguiente: «*En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta Sección serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en la normativa concursal, únicamente en caso de que el cedente y el cesionario hubieran obrado de mala fe...*».

<sup>947</sup> Esta regulación se refiere al *factoring* sin regreso y con regreso porque en las disposiciones generales del capítulo VII, titulado «*De las cesiones financieras de créditos*» – dentro del cual, como hemos destacado, se regula el contrato de *factoring* – se concreta la noción de las cesiones financieras de créditos (art. 577-1), acogiéndose lo dispuesto en el apartado primero de la disposición adicional tercera

inconvenientes que se trataban de eludir con la redacción originaria del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, por lo que se hace innecesario un régimen excepcional (por ello la vigente redacción del precepto). Lo que establece el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil es volver atrás, realizándose esta vez una «fuga a la rescisión concursal» que no tiene fundamento en la actualidad, por lo que consideramos que resultaría conveniente su supresión.

### **3.2.2. Aplicación del régimen concursal general al contrato de *factoring***

La consecuencia de la desaparición del régimen especial originario de la disposición adicional tercera para el caso de concurso del cedente es, como hemos destacado, que las cesiones de créditos derivadas de los contratos de *factoring* a los que se le aplica la misma son rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 TRLCon. Dicho artículo establece lo siguiente:

*«Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta».*

En este punto, resulta necesario destacar la disparidad entre la normativa del régimen de determinadas cesiones de crédito italiana y la española en cuanto al sistema establecido en caso de declaración de concurso del cedente: el artículo 7 de la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*<sup>948</sup> determina que la cesión no es oponible al concurso del cedente si el *curatore* (administrador concursal) prueba que el cesionario

---

de la Ley 1/1999, de 5 de enero. Además, recordemos que el *factoring* en comisión de cobranza no produce cesiones plenas, esto es, no origina plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos, lo cual recoge el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en su artículo 577-12.

<sup>948</sup> «Art. 7. Fallimento del cedente

1. *L'efficacia della cessione verso i terzi prevista dall'articolo 5, comma 1, non e' opponibile al fallimento del cedente, se il curatore prova che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente quando ha eseguito il pagamento e sempre che il pagamento del cessionario al cedente sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto.*
2. *Il curatore del fallimento del cedente puo' recedere dalle cessioni stipulate dal cedente, limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa.*
3. *In caso di recesso il curatore deve restituire al cessionario il corrispettivo pagato dal cessionario al cedente per le cessioni previste nel comma 2».*



conocía el estado de insolvencia del cedente cuando realizó el anticipo<sup>949</sup> y siempre que éste haya sido realizado en el año anterior a la sentencia declarativa del concurso y antes del vencimiento del crédito cedido<sup>950</sup>. Como vemos, dicho precepto no se basa en una acción impugnatoria, sino en la inoponibilidad de la cesión, sometida a la prueba de la *scientia decoctionis* (o conocimiento efectivo del estado de insolvencia) del cesionario con respecto al cedente<sup>951</sup>. En relación con esto último, la doctrina italiana ha determinado que se considera suficiente la prueba de actos o circunstancias reveladoras de la insolvencia – o sea, la prueba por presunciones – (por ejemplo, que existan contra el cedente procedimientos ejecutivos singulares)<sup>952</sup>.

Volviendo a nuestro ordenamiento, de la lectura del artículo 226 TRLCon podemos apreciar que la procedencia de la rescisión concursal requiere la concurrencia de un doble presupuesto: que el acto realizado por el deudor sea perjudicial para la masa activa y que hubiese sido efectuado dentro de los dos años anteriores a la declaración de

---

<sup>949</sup> Realmente, el artículo se refiere al «pagamento». Sobre el tema, nos remitimos a las notas núm. 451 y 864 de este trabajo.

<sup>950</sup> Sobre este artículo, *vid.* GUERRIERI, G., *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, Milán, 2002, pp. 128 y ss., autor el cual critica que la *scientia decoctionis* se refiera al anticipo: «*Se da un lato, infatti, l'azione di cui all'art. 7 è diretta a dichiarare inefficace il negozio di cessione stipulato dalle parti, d'altro lato essa richiede la sussistenza della scientia decoctionis (non al momento di perfezionamento del contratto, ma) al momento del pagamento del corrispettivo effettuato dal cessionario*». *Vid.* también BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 455 y ss.

<sup>951</sup> Sobre el tema, *vid.* TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* (dir. Franco Bricola y Francesco Galgano), Tomo I, Parte generale: art. 64-71, Bologna, 1993, p. 279, autor que considera que la imposición del legislador al *curatore* de probar en juicio todos los presupuestos de la ineficacia del acto lleva a concluir que estamos en presencia de una verdadera acción impugnatoria y no de una mera inoponibilidad de la cesión.

<sup>952</sup> NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 212, autores que destacan la dificultad de demostrar la *scientia decoctionis*, explicando que ello ha llevado a considerar suficiente la prueba por presunciones. En el mismo sentido se pronuncia GUGLIELMUCCI, L., *Diritto fallimentare*, 3ª edición Turín, 2006, p. 154. Sobre dichas presunciones y su casuística, *vid.* RAGO, G., *Manuale della revocatoria fallimentare*, 2ª edición, Padova, 2006, pp. 74 y ss; así como las sentencias de la *Corte di Cassazione*, del 9 aprile 2003, n. 5550; del *Tribunale di Milano*, del 8 luglio 2002; y del *Tribunale di Mantova*, del 2 luglio 2003, recogidas en LO CASCIO, G., *Il fallimento. Rassegna di Giurisprudenza*, Milán, 2004, p. 93.

concurso. Debido a que, según la doctrina<sup>953</sup>, la noción de acto debe entenderse en sentido amplio, la rescisión concursal podrá ir dirigida tanto contra las cesiones de crédito derivadas del contrato de *factoring* como contra el contrato de *factoring* en sí mismo; esto es, podrá ir dirigida tanto frente al contrato mismo, como frente a los actos de ejecución de aquél<sup>954</sup>. Tal y como destaca algún autor<sup>955</sup>, resulta necesario deslindar cuidadosamente si lo que pretende rescindirse es el contrato o negocio jurídico o los actos en que se concretó su ejecución, pudiéndose darse el caso en que, transcurrido el plazo de dos años del artículo 226 TRLCon, el negocio jurídico resulte inatacable, pero, en razón de las circunstancias, pueda reclamarse la rescisión de algunos de los actos en ejecución del mismo. Aplicando esto al contrato de *factoring*, y desde el punto de vista de la obligación del cliente de *factoring* de la cesión de créditos, debemos distinguir entre el contrato de *factoring* preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores y el contrato de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros. En el primero de ellos, debido a que las cesiones se producen de forma posterior al contrato, existiendo tantas cesiones como créditos se transfieran, el impugnante podría ejercitar dicha acción de rescisión contra las cesiones de créditos, que son actos de ejecución del mismo, siempre que hubiesen sido efectuadas dentro del plazo destacado en la norma. No obstante, en el caso de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, la cesión se produce con la conclusión del contrato y, la adquisición de los créditos por

---

<sup>953</sup> LEÓN SANZ, F., «Artículo 71. Acciones de reintegración», cit., p. 1305; SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 79; ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 226. Acciones rescisorias de los actos del deudor», cit., p. 1197.

<sup>954</sup> En relación con lo expuesto, es necesario destacar que el originario apartado tercero de la disposición adicional tercera se refería a las cesiones («*En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2º, del Código de Comercio, respecto de las cesiones reguladas en esta disposición...*»); si bien, como acertadamente expone ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., pp. 82 y 83, aunque dicho apartado no se refiriera al contrato de *factoring* del que se deriva aquellas cesiones, debía entenderse que tampoco podía ser objeto de retroacción, pues lo contrario iba contra la propia finalidad de la norma. Una vez modificado dicho apartado, se vuelve referir de nuevo sólo a las cesiones («*3. En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71...*»), pero al remitirse al artículo 71 LCon (226 TRLCon) se aplica el sentido amplio de «acto» al que se refiere dicho precepto, por lo que tanto las cesiones derivadas del contrato de *factoring* como el contrato en sí mismo son rescindibles. Sobre esto último, *vid.* ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 269.

<sup>955</sup> ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 226. Acciones rescisorias de los actos del deudor», cit., p. 1198.

el factor acontece automáticamente en el mismo instante de su nacimiento (los créditos nacen en cabeza del factor), no identificándose esto último como un acto realizado por el deudor, por lo que entendemos que en este caso la impugnación que procede es la efectuada contra el contrato propiamente dicho (recordemos que ésta es la modalidad que se usa actualmente, habiendo quedado el *factoring* preliminar en desuso).

La rescisión concursal es, por tanto, una ineficacia funcional, pues los actos realizados por el deudor en el plazo determinado por la Ley son válidos en el momento de su realización, esto es, no adolecen de ninguna ineficacia estructural; pero son susceptibles de rescisión en atención al perjuicio que ocasionan a la masa activa del concurso, es decir, de forma sobrevenida y atendiendo a un hecho posterior<sup>956</sup>.

Siguiendo con los presupuestos de la rescisión concursal, destacamos que el momento en el que se ha realizado el acto es uno de los elementos esenciales a tener en cuenta, pues sólo si el acto en cuestión – en nuestro caso, el contrato de *factoring*, teniendo en cuenta lo expuesto más arriba y que la fórmula de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros es la utilizada en la actualidad – se ha efectuado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso podrá ser impugnado. Tal y como establece la doctrina<sup>957</sup>, dicho límite temporal fue traído del Derecho italiano, pues la *L. fall.* en diversos preceptos que se refieren a los actos revocables, originariamente fijaba el plazo de dos años anteriores a la declaración de

---

<sup>956</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», *cit.*, p. 592; SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, *cit.*, p. 41. Este último autor destaca que las categorías de ineficacia funcional y estructural están tomadas de la clasificación que realiza Díez-PICAZO, L., en «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1961, pp. 829 y 830: «Una distinción importante es también la que podemos establecer entre la ineficacia estructural y la ineficacia funcional del negocio jurídico. (...) Llamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un negocio defectuoso, viciado o imperfecto. La ineficacia estructural atiende a la fase de celebración o de formación de un negocio jurídico. La ineficacia funcional atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio regularmente formado produce en la realidad. Hay ineficacia funcional cuando un negocio regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho, v. gr., un perjuicio de tercero, un fraude, una lesión». Incide el autor en esta diferencia subrayando que «la ineficacia es estructural porque la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio (negocio defectuoso, viciado, imperfecto). La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un negocio estructuralmente regulado despliega (perjuicio, fraude, lesión)».

<sup>957</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», *cit.*, p. 592.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

concurso en cuanto a su realización (así, los apartados 1, 2, y 3 del artículo 67.I<sup>958</sup> – posteriormente, el *Decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35*<sup>959</sup> acortó el límite temporal establecido en los apartados destacados, determinándolo en un año anterior a la declaración de concurso<sup>960</sup> –).

Indudablemente, la fijación del periodo sospechoso por la Ley, único para cualquier tipo de acto, otorga seguridad jurídica. En el régimen actual la Ley no atiende a la circunstancia de que el concursado fuese insolvente en el momento de realizar el acto: lo relevante es que el acto se hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso<sup>961</sup>.

---

<sup>958</sup> No introducimos aquí los artículos 64 «*Atti a titolo gratuito*» y 65 «*Pagamanti*» de la *L.fall.* aunque se refieran a actos realizados por el concursado en los dos años anteriores a la declaración del concurso porque establecen una *revoca ex lege*, esto es, declaran dichos actos automáticamente ineficaces – así se deduce de la simple lectura de los preceptos, los cuales comienzan: «*Sono privi di effetto rispetto ai creditori (...)*» –.

Sobre el análisis del artículo 67 en su versión original, *vid.* TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* (dir. Francesco Galgano), Tomo III, Parte speciale: art. 67, Bologna, 2003, *passim*.

<sup>959</sup> *Decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35. Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale (Gazzetta Ufficiale, núm. 62, del 16 marzo 2005)*. Dicho *Decreto-legge* fue convertido en Ley, con modificaciones, por la *Legge 14 maggio 2005, n. 80 (Gazzetta Ufficiale, núm. 111, del 14 maggio 2005)*.

<sup>960</sup> Sobre esta reforma del artículo 67 *L.Fall.*, *vid.* NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 209, autores que explican que con el *Decreto Legge n. 35/2005* se realizan importantísimos «retosques», esencialmente concernientes al régimen revocatorio de los actos a título oneroso: «*è stato infatti modificato parzialmente l'art. 67, da un lato dimezzando il c.d. periodo sospetto (portato da due anni ad un anno per gli atti anormali di gestione e da un anno a sei mesi per gli atti normali), e dall'altro introducendo un ampio ventaglio di esenzioni...*». *Vid.* también PARATORE, S., *La nuova revocatoria fallimentare*, Turín, 2006, pp. 43-48.

<sup>961</sup> La fecha de declaración del concurso como *dies a quo* para el cómputo del plazo bianual ha originado críticas en la doctrina (*vid. ad. ex.* GIL RODRÍGUEZ, J., «Artículo 71. Acciones de reintegración», cit., pp. 849 y 850), por considerar preferible que el legislador hubiera optado por la fecha de la solicitud de la declaración de concurso, a fin de evitar comportamientos estratégicos o maniobras dilatorias del deudor (como una oposición a la declaración de concurso injustificada para retrasar la resolución judicial). Comenta este problema SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 112, destacando que la declaración del concurso no es inmediata a la solicitud y puede producirse una dilación excesiva de tiempo «*no sólo en los casos de concurso necesario, en que el emplazamiento del deudor y su posible oposición constituyen una demora lógica en la apertura del concurso, sino también cuando el concurso es voluntario, en que suele retrasarse la provisión de la solicitud*».

Con relación a lo expuesto, el nuevo *CCII* determina como *dies a quo* la fecha del «*deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale*» (*vid. ad. ex.* art. 166.1, apartados «a» y «b») cambiando así el criterio establecido en la *L.fall.* (*data di pubblicazione della sentenza di apertura della procedura*). Sobre esta modificación, calificándola como una «*rilevante innovazione*», NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 210.

Aparte de este requisito temporal, el acto realizado por el deudor debe ser perjudicial para la masa activa. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que la Ley no define. No se especificó en la LCon, ni tampoco en el actual TRLCon, siendo esto último objeto de reproche en el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon<sup>962</sup>: se considera por este órgano que, si bien existe dificultad para precisar normativamente el concepto de perjuicio para la masa, hubiese sido deseable ofrecer desde la propia norma pautas interpretativas extraídas de la jurisprudencia que ayudasen a concretar su existencia, destacando que ello habría redundado en beneficio de la previsibilidad y uniformidad de la respuesta judicial y de la seguridad jurídica<sup>963</sup>.

Así pues, el perjuicio es un concepto que ha debido interpretarse por la jurisprudencia. En cuanto a ésta, el Tribunal Supremo ha venido a concretar el significado de perjuicio, existiendo jurisprudencia de una amplia casuística<sup>964</sup>. De forma general, el Alto Tribunal<sup>965</sup> ha aclarado que el perjuicio de la rescisión concursal no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de otro tipo de rescisiones existentes en nuestro ordenamiento: ni el fraude, de la acción pauliana, porque la rescisión concursal prescinde de cualquier elemento intencional, más o menos objetivado<sup>966</sup> – el artículo 226 TRLCon establece que «*serán rescindibles los actos*

---

<sup>962</sup> Vid. apartado 280 (p. 92).

<sup>963</sup> Dicha integración se encontraría dentro del marco de la función aclaratoria propia de la autorización de refundición conferida al Gobierno, que fue realizada en términos amplios. En el Informe se establece que «*aclarar supone, bien explicar una cosa o concepto, bien suprimir lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa*» (p. 8, apartado 20); destacando además que «*la refundición, tanto más si se concibe con amplitud, permite “la introducción de normas adicionales complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia o sistemática del texto refundido”*» (p. 9, apartado 22).

<sup>964</sup> Sobre los grupos de casos, vid. SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., pp. 163 a 221.

<sup>965</sup> SSTs 26 de octubre de 2012, recurso núm. 672/2010, (RJ 2012\10415); de 26 de octubre de 2016, recurso núm. 966/2014, (RJ 2016\5359); de 26 de abril de 2018, recurso núm. 241/2017, (RJ 2018\1775).

<sup>966</sup> Con respecto a la acción pauliana, se debe destacar la actual objetivación del fraude por la doctrina jurisprudencial – SSTs de 25 de junio de 2010, recurso núm. 2160/2005, (RJ 2010\5413); de 26 de octubre de 2012, recurso núm. 672/2010, (RJ 2012\10415); de 3 de noviembre de 2015, recurso núm. 2328/2013, (RJ 2015\4939) –: «*La exigencia del consilium fraudis (propósito defraudatorio) para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente,*

*perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (...) aunque no hubiese existido intención fraudulenta*<sup>967</sup> –; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues para delimitar dicho concepto de perjuicio es preciso atender al principio de paridad de trato<sup>968</sup>. También ha señalado que para que un acto del deudor sea perjudicial para la masa activa no es necesario que dicho acto haya contribuido a la generación del estado de insolvencia, o sea, que no se requiere que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso haya una relación causal<sup>969</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha conceptualizado el perjuicio como un «*sacrificio patrimonial injustificado*» que requiere una minoración del activo, sobre el que, más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y que ello no se encuentre justificado. Fuera de los supuestos de las presunciones absolutas de perjuicio, en las que la falta de justificación se presume sin admitir prueba en contrario, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que van más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización<sup>970</sup>.

---

*bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora*».

<sup>967</sup> La STS de 4 de noviembre de 2016, recurso núm. 637/2014, (RJ 2016\5201) explica que «*en la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1291.3 del Código Civil es preciso, además del perjuicio, el elemento subjetivo del consilium fraudis (...). Sin embargo, para que proceda la acción rescisoria concursal, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio*».

<sup>968</sup> No obstante, el Tribunal Supremo, en STS de 26 de octubre de 2016, recurso núm. 966/2014, (RJ 2016\5359), especificó que «*aunque el perjuicio guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles*». Sobre el tema, *vid.* SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 96.

<sup>969</sup> STS de 26 de octubre de 2016, recurso núm. 966/2014, (RJ 2016\5359).

<sup>970</sup> Tal y como destacan SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 98 y ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 226. Acciones rescisorias de los actos del deudor», cit., pp. 1200 y 1201, el Tribunal Supremo hizo mención por primera vez al «*sacrificio patrimonial injustificado*» en la STS de 27 de octubre de 2010, recurso núm. 10/2007, (RJ 2010\7608), siguiendo a la SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009, recurso núm. 607/2008, (JUR 2009\172445). Después dicha noción fue reiterada en sentencias

No obstante lo anterior, y con respecto a los pagos debidos, vencidos y exigibles, realizados en el periodo sospechoso de dos años, determina el Alto Tribunal que, aunque en este caso la disminución en el patrimonio del deudor se encuentra en principio justificada, en algunas ocasiones pueden concurrir circunstancias excepcionales, como la situación de insolvencia en el momento de realizarse el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito satisfecho y la condición del acreedor, que pueden privar de justificación al acto en la medida en que supone una vulneración de la *par conditio creditorum*<sup>971</sup>.

Una vez expuesto lo precedente, y centrándonos en el contrato de *factoring*, toca preguntarnos si resulta perjudicial para la masa, esto es, si entra dentro de la expuesta conceptualización del perjuicio realizada por el Tribunal Supremo. Si bien la realización del contrato conlleva minoración en el patrimonio del cliente de *factoring* – el pago de la comisión de *factoring* y de los intereses, que se produce mediante detracción en el importe del crédito anticipado por el factor a aquél – dicha disminución del haber resulta justificada. Recordemos que la comisión de *factoring* remunera la prestación por el factor del servicio de gestión y cobro de los créditos cedidos y del servicio de garantía (esto último, en caso de *factoring* sin regreso). El pago de intereses está vinculado con el servicio de financiación del factor<sup>972</sup>.

---

posteriores: *vid.* entre otras SSTS de 8 de noviembre de 2012, recurso núm. 836/2010, (RJ 2013\901); de 9 de julio de 2014, recurso núm. 2566/2012, (RJ 2014\3618); de 1 de noviembre de 2014, recurso núm. 491/2013, (RJ 2014\6154); de 23 de febrero de 2015, recurso núm. 1047/2013, (RJ 2015\814); de 26 de octubre de 2016, recurso núm. 966/2014, (RJ 2016\5359); de 21 de mayo de 2018, recurso núm. 669/2017, (RJ 2018\2022); de 21 de junio de 2018, recurso núm. 3415/2017, (RJ 2018\2925).

<sup>971</sup> Así se explica en el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon, p. 90 (apartado 278). *Vid.* SSTS 26 de octubre de 2012, recurso núm. 672/2010, (RJ 2012\10415); de 24 de julio de 2014, recurso núm. 2912/2012, (RJ 2014\4590); de 19 de mayo de 2015, recurso núm. 1892/2013, (RJ 2015\2449): «*En el caso de los pagos, aunque conlleven una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se puede considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación, y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (...) que puedan privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum*».

<sup>972</sup> *Vid.* apartado 2.6 del capítulo cuarto.

Decimos que la minoración del activo debida a la satisfacción de los referidos importes por parte del cliente de *factoring* está justificada porque el contrato de *factoring* le otorga ventajas: en primer lugar, liquidez, pues cambia un crédito de vencimiento futuro por el anticipo de su nominal; en segundo lugar, la obtención de cobertura en caso de insolvencia del deudor cedido, en caso de *factoring* sin regreso; y en tercer lugar, la gestión del cobro de los créditos cedidos, unida a su contabilización. Autorizada doctrina<sup>973</sup> ha destacado que dichas ventajas son evidentes, haciendo hincapié que es el *factoring* sin regreso el que aporta más beneficio, pues en caso de concurso del deudor cedido las consecuencias afectarán al factor, no existiendo obligación de restitución por parte del cedente<sup>974</sup>. En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia, afirmando que el contrato de *factoring* no es perjudicial para la masa: en concreto el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, en su sentencia de 26 de junio de 2006<sup>975</sup> determina que «*teniendo presente que las operaciones de cesiones de crédito que habitualmente realizan los empresarios en el ámbito de su actividad profesional en favor de una entidad bancaria, ya se articule o no como contrato de factoring, lejos de causar necesariamente un perjuicio patrimonial a la masa en la eventualidad de la declaración de situación concursal del cedente, cumplen ordinariamente una función ventajosa desde el momento en que el empresario obtiene por esta vía una financiación que de otro modo le privaría de los recursos necesarios para su habitual ejercicio, a lo que se puede añadir la ventaja reforzada en el caso de tratarse del llamado factoring propio o sin recurso pues en tal supuesto será el profesional del factoring quien asume el riesgo de insolvencia del deudor, liberando así al cedente al sometimiento a la Ley del dividendo en caso de concurso de dicho deudor (...)*»<sup>976</sup>.

---

<sup>973</sup> GARCÍA-CRUCES, GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, cit., p. 207; EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», cit., p. 87; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., p. 189.

<sup>974</sup> En este último punto, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, cit., pp. 191 y 192. En este trabajo, con respecto al *factoring* sin regreso, vid. apartado 2.4 del capítulo cuarto y apartado 4 del capítulo quinto.

<sup>975</sup> SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 26 de junio de 2006, (JUR 2006\299838).

<sup>976</sup> Se refiere a esta sentencia FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, cit., p. 286.



Al hilo de lo anterior, también el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, en su sentencia de 25 de mayo de 2018<sup>977</sup>, determina que el contrato de *factoring* no es perjudicial, señalando que «no puede concluirse que estemos ante un acto o negocio celebrado dentro del “periodo sospechoso” de dos años que conlleve un perjuicio patrimonial efectivo para la concursada, puesto que ésta recibe una contraprestación». Si bien, esta sentencia deja entrever que podría considerarse perjudicial si el importe de la comisión de *factoring* y/o intereses cobrados es alto. Así se deduce de lo expuesto a continuación de lo que acabamos de transcribir: «Particularmente y en relación a las distintas cantidades demandadas por la administración concursal, figura en los documentos de liquidación números 4 y 8 del escrito de contestación, en cumplimiento del contrato suscrito, que la concursada recibirá de la codemandada el importe de la liquidación por anticipo reflejado en el cuadro del expositivo primero. No acreditando la administración concursal cuál es realmente el líquido o las cantidades que se embolsa la concursada con la operación que en comparación con el importe nominal de los créditos cedidos permita deducir un claro perjuicio patrimonial de su parte».

En relación con lo expuesto, algún autor<sup>978</sup> ha especificado, si bien con respecto al contrato de descuento, que éste no causa un perjuicio patrimonial en el activo del descontatario sobre el que se constituiría la masa activa en caso de que entrase en concurso, pero que, sin embargo, podría declararse la ineficacia del descuento cuando quedase acreditada la aplicación de un tipo de descuento notablemente superior al normal del mercado<sup>979</sup>. Así, aplicando dicho criterio al contrato de *factoring*, la

---

destacando que «el contrato de *factoring* por sí mismo no debe considerarse perjudicial para la masa activa del concurso, sino todo lo contrario...».

<sup>977</sup> SJMerc núm. 1 de Badajoz, de 25 de mayo de 2018, (JUR 2018\205929).

<sup>978</sup> ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho del mercado financiero*, 3ª edición, Madrid, 2005, p. 668.

<sup>979</sup> A favor de lo expuesto, también en relación con el contrato de descuento, se pronuncia MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», cit., pp. 835 y 836, el cual señala que el perjuicio para la masa en este contrato se basa en que las condiciones financieras impuestas por la entidad de crédito no se ajustaran a las «normales».

Con respecto a la falta de causación de perjuicio del contrato de descuento en el patrimonio del descontatario, si bien en relación con el Derecho anterior, *vid.* el trabajo de FÍNEZ RATÓN, J.M., «Doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la retroacción de la quiebra en el contrato de descuento», cit., pp. 141 y ss.

rescisión de éste podría producirse si las condiciones financieras impuestas por el factor no se ajustasen a las «normales». Parece que esto fue lo que sucedió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2004<sup>980</sup>, en la que el tribunal, tras examinar el clausulado contractual del contrato de *factoring*, determinó la causación de perjuicio a la masa activa, basándose en lo siguiente: «*Las estipulaciones quinta y sexta del contrato de factoring evidencian que el precio por la cesión de cada crédito era su nominal menos las cantidades resultantes de aplicar a cada nominal el tipo de interés y comisiones que se mencionan en las condiciones particulares I y II por los días transcurridos. Pues bien, la condición II concretó el porcentaje y devengo de las comisiones señaladas en la cláusula sexta por el servicio de factoring en los siguientes términos: 0,75% (cero coma setenta y cinco), comisión única sobre el nominal del crédito cedido, pagadera a la entrada de cada crédito. En cuanto a los intereses, la liquidación obrante al folio 310 refleja per se unos intereses devengados tan sólo en el interregno 1-4 al 30-VI-1997 a favor de Catalana Factoring, S.A. por importe de 3.133.011 pesetas*». Si bien la sentencia se refiere a la retroacción de la quiebra – pues la sentencia apelada se dictó cuando aún no estaba en vigor la LCon – se centra en determinar si se ha producido perjuicio a la masa activa porque se basa, citando el criterio de la STS 20 de septiembre de 1993<sup>981</sup>, en una interpretación flexible de la aplicación del artículo 878.II CCom.

Así las cosas, podemos concluir que, en principio, el contrato de *factoring* no es un acto perjudicial para la masa activa, salvo en aquellos supuestos en que establezca una comisión de *factoring* y/o unos intereses elevados que no se ajusten a los normales del mercado<sup>982</sup>.

---

<sup>980</sup> SAP Madrid, de 23 de enero de 2004, recurso núm. 469/2002, (AC 2004\1157).

<sup>981</sup> STS de 20 de septiembre de 1993, recurso núm. 3354/1991, (RJ 1993\6647).

<sup>982</sup> Otro criterio con respecto a la rescisión concursal y el contrato de *factoring* es el expuesto por LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., pp. 95 y 96, autores que determinan que el contrato de *factoring* no puede ser objeto de impugnación mediante acciones de reintegración porque se trata de una operación que resulta equivalente al pago al contado o en dinero, por lo que no hay daño, afirmando que el anticipo resulta equivalente al pago en efectivo. Sobre el tema, *vid.* también LEÓN SANZ, F., en «Artículo 71. Acciones de reintegración», cit., p. 1317, y en «Las acciones de reintegración y el contrato de factoring», cit., pp. 4146 y 4147.

Lo expuesto corresponde al resultado de nuestro análisis, si bien resulta necesario destacar que un sector de la doctrina determina que el contrato de *factoring* se comprende dentro del ordinal primero del artículo 230 TRLCon, precepto que establece excepciones a la rescisión concursal, cuyo tenor literal dispone que «*en ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1º) Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor que hubieran sido realizados en condiciones normales*»<sup>983</sup>. El Tribunal Supremo ha concretado dicho precepto, pues de la lectura de la jurisprudencia existente se aprecia una tendencia por parte de los demandados afectados por la rescisoria concursal a alegar que el acto que se pretende rescindir es ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor, encuadrable en el ahora artículo 230. 1º TRLCon<sup>984</sup>.

Así, el Tribunal Supremo ha declarado que los actos ordinarios a los que se refiere el artículo 230.1º TRLCon, para que queden exentos de la rescisión, deben estar ligados a la actividad empresarial o profesional del concursado y haber sido realizados en condiciones normales<sup>985</sup>, destacando lo siguiente<sup>986</sup>: «*Para ser considerados como tales*

---

<sup>983</sup> Sigue esta tesis CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 458: «*Ahora sólo cabe esperar y desear que los tribunales comprendan que las operaciones de titulización y cesión vía factoring constituyen negocios ordinarios de financiación de los cedentes, como los descuentos, y que, por tanto, se hayan cubiertos por la exención del art. 71.5 LCon – ahora art. 230.1º TRLCon –*». También GARCÍA VICENTE, J.R., «Concurso del cedente en el contrato de factoring y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal», cit., p. 441: «*El régimen de la reintegración gira en torno al “perjuicio”. Parece que el legislador se despreocupa de asignar un régimen especial de inmunidad a estos contratos más allá de por razones de estricta igualdad (principio que puede conducir a controversias inagotables) porque considera que su salvaguardia, o en definitiva, su inmunidad puede confiarse a la excepción contenida en el artículo 71.5.1º LCon – ahora art. 230.1º TRLCon –*». Asimismo, a favor de esta teoría se muestra GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», cit., p. 622.

<sup>984</sup> Comenta también esta idea GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Las acciones de reintegración», cit., p. 617, así como GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, p. 1154: «*La jurisprudencia ha afrontado un proceder frecuente, pues es relativamente común que quién se viera afectado por una impugnación al amparo de cuanto dispone el artículo 71 LCon – 226 TRLCon en la actualidad – venga a justificar su oposición, junto con otros motivos, en el carácter ordinario del acto cuya rescisión se pretende*».

<sup>985</sup> STS de 26 de octubre de 2012, recurso núm. 672/2010, (RJ 2012\10415).

<sup>986</sup> STS de 10 de julio de 2013, recurso núm. 440/2011, (RJ 2013\4998), siendo ésta citada por la STS de 17 de febrero de 2015, recurso núm. 1893/2013, (RJ 2015\926) y la STS de 26 de octubre de 2016, recurso núm. 966/2104, (RJ 2016\5359).

*actos ordinarios no basta que no se traten de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en su consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector de tráfico económico en el que opere».* Apunta el Alto Tribunal que, como criterios útiles para la determinación, presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad profesional o empresarial de que se trate, «especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial», siendo preciso que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. A su vez, concreta que «la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado...».

Refiriéndonos al contrato de *factoring*, tras el examen de la doctrina jurisprudencial expuesta, entendemos que no entra dentro del supuesto del artículo 230.1º TRLCCon en caso de concurso del cliente-cedente: tal y como expone autorizada doctrina<sup>987</sup>, dicho precepto ha vinculado el calificativo de «ordinario» a la actividad empresarial o profesional, por lo que necesariamente el acto en cuestión debe encuadrarse dentro de dicha actividad para juzgar su carácter ordinario, a fin de excluirlo de la rescisión concursal. No consideramos que el negocio de *factoring* esté ligado a la actividad empresarial del cliente-concursado – sí a la actividad empresarial del factor, pues la realización de contratos de *factoring* estará incluida en su objeto social –. Tal y como establece algún autor<sup>988</sup>, el contrato de *factoring* se trataría en todo caso de un acto instrumental para el desenvolvimiento de la actividad del cliente cedente, excediendo,

---

<sup>987</sup> SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., p. 226.

<sup>988</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 95.

por tanto, del ámbito de aplicación de la excepción establecida por el artículo 230.1º TRLCon.

### **3.3. Especial referencia a la rescisión concursal del contrato fuente de los créditos que han sido cedidos**

En los apartados anteriores hemos tratado el tema de la rescisión concursal del contrato de *factoring*, analizando si puede considerarse como un «*acto perjudicial para la masa activa*», si realizado por el cedente dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de su concurso (art. 226 TRLCon). Mas, como a través de la acción rescisoria concursal pueden impugnarse los actos de disposición realizados por el deudor dentro del periodo sospechoso señalado por la Ley, siempre que se consideren perjudiciales para la masa activa – salvo aquellos actos a los que les son aplicables las excepciones legales al sistema de reintegración concursal (*ad. ex* art. 230 TRLCon) – puede darse el caso de que se interponga dicha acción rescisoria contra el contrato celebrado entre el cliente de *factoring*-cedente y el deudor cedido, origen de los créditos que se han cedido al factor. Es decir, nos referimos en este epígrafe a la rescisión concursal, en el marco del concurso del cliente de *factoring*-cedente, del contrato celebrado entre éste y su propio cliente (deudor cedido) que da lugar a los créditos comerciales que han sido cedidos a la sociedad de *factoring*<sup>989</sup>.

Si el contrato que vincula al cliente-cedente (concurrido) con el deudor cedido es rescindido (afirmándose, por tanto, que el mismo fue perjudicial y que fue realizado dentro del periodo de dos años establecido en la Ley), ello afectará indirectamente al contrato de *factoring*: una vez rescindido aquel contrato del que nacen los créditos cedidos, el factor no podrá exigir el pago de dichos créditos al que fuese deudor, puesto que éstos ya no se adeudarían, por el efecto de la declaración de ineficacia del contrato impugnado (art. 235.1 TRLCon: «*La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado*»). Dicha declaración de ineficacia acarrea los efectos

---

<sup>989</sup> Ya en el anterior régimen de quiebra era analizada esta cuestión por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring, cit.*, p. 218, si bien el problema era que tal contrato se viera afectado por los artículos 878.II o 882 CCom.

establecidos en el artículo 235.2 TRLCon: restitución de las prestaciones que ya se hubieran realizado, con sus frutos e intereses.

Tal y como señala algún autor<sup>990</sup>, la sentencia que declara la rescisión de un contrato, como supuesto de ineficacia negocial, conlleva un pronunciamiento que impide que tal contrato continúe produciendo efectos, pero también le priva de aquellos que hubiera podido producir. El contrato rescindido es un contrato inexigible (no cabe exigir su cumplimiento), siendo imprescindible hacer desaparecer los efectos que hubiera provocado, pues éstos son la consecuencia del perjuicio que ha causado el contrato. Es decir, la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde causa la restitución de las prestaciones recibidas por cada contratante – incrementada con sus frutos e intereses – produciendo, por tanto, efectos *ex tunc*<sup>991</sup>.

En tal caso (rescisión del contrato que origina los créditos), el factor podrá exigir a su cliente-cedente la responsabilidad *veritas nomitis*, esto es, la responsabilidad por la existencia y legitimidad de los créditos que han sido cedidos (arts. 1529 CC y 348 CCom)<sup>992</sup>. Tal y como destaca un autorizado sector doctrinal, responderá el cedente de la inexistencia del crédito por rescisión o resolución, posterior a la cesión, del contrato fuente del crédito<sup>993</sup>. Como se expuso en este trabajo<sup>994</sup>, dicha responsabilidad se

---

<sup>990</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal», cit., p. 1187.

<sup>991</sup> Incide GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal», cit., p. 1187, en que si el contrato rescindido no puede continuar produciendo sus efectos, de igual manera es preciso actuar retroactivamente, pues lo contrario vendría a legitimar el perjuicio que causara el negocio. Que la declaración de ineficacia del acto atacado mediante la acción de reintegración concursal produce efectos *ex tunc* lo señala también ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 235. Efectos de la rescisión», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal*, (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 1229.

El profesor GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal», cit., pp. 1183 a 1190, explica que en los supuestos de rescisión del acto al amparo del artículo 226 TRLCon nos encontramos ante sentencias constitutivas, puesto que la sentencia «crea» la ineficacia, pero que producen efectos *ex tunc*: «*que la sentencia sea constitutiva no significa, en modo alguno, que se altere – permítase el juego de palabras – el régimen de efectos que tiene anudada la ineficacia negocial*».

<sup>992</sup> Esta es la tesis de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «El contrato de “factoring”», cit., pp. 1311 y 1312, la cual compartimos.

<sup>993</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., pp. 1111 y 1112, autor que determina que responderá el cedente de la inexistencia del crédito por la «*rescisión, redhibición o resolución, posterior a*».

configura en las condiciones generales de los contratos de *factoring* de una forma específica, consistiendo ésta en la anulación de la cesión de los créditos afectados. Así las cosas, el factor estará legitimado para insinuarse en la masa pasiva del concurso del cedente como un acreedor más de la misma<sup>995</sup>, pues como consecuencia de la anulación de la cesión de los créditos «inexistentes» podrá solicitar que se le restituyan las cantidades que hubiese anticipado al cliente de *factoring*<sup>996</sup>.

#### 4. FACTORING Y RESCISIÓN CONCURSAL EN EL SUPUESTO DE CONCURSO DEL DEUDOR CEDIDO

##### 4.1. El apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, antes de su reforma: excepción al régimen general de retroacción de la quiebra

La protección del negocio jurídico de *factoring* de la retroacción de la quiebra no solo se realizó desde el supuesto del concurso del cedente de los créditos (cliente de *factoring*), sino también desde el supuesto del concurso del deudor cedido<sup>997</sup>. Así, el texto original del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, establecía lo siguiente:

---

*la cesión, del contrato fuente del crédito, haya surgido o se haya completado la causa correspondiente antes o después de la cesión».*

<sup>994</sup> Vid. apartado 2.3 del capítulo cuarto del presente trabajo.

<sup>995</sup> Así, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «El contrato de “factoring”», cit., p. 1312: «*En tal caso – se refiere al supuesto en que el contrato del que deriva el crédito cedido se extinga – me parece que la Entidad de Factoring estaría legitimada para insinuarse en la masa pasiva del concurso como un acreedor más de la misma. No otra conclusión puede derivarse si se retiene la responsabilidad del cedente que sanciona el artículo 1529 CC por la existencia y legitimidad del crédito que fuera objeto de la cesión».*

<sup>996</sup> El contrato de *factoring* de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, en su estipulación sexta, determina: «*En todo caso las Cesionarias podrán exigir de las Cedentes la devolución de los anticipos que hubieran concedido, cuando el crédito anticipado hubiera sido objeto de cualquier tipo de compensación por parte Deudor, fuera inexistente, ilegítimo o inexigible...)*».

<sup>997</sup> Vid. nota núm. 907.

«4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la revocación prevista en el artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio en el caso de quiebra del deudor de los créditos cedidos.

*Sin embargo, la sindicatura de la quiebra podrá ejercitar la acción de revocación frente al cedente y/o cesionario cuando pruebe que aquel, o en su caso este último, conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se hubiere pactado así expresamente».*

Con este precepto se excluía del régimen de retroacción de la quiebra a los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario. En principio, de acuerdo con la letra del artículo 878.II CCom, todos los actos de dominio y de administración del quebrado posteriores a la época que se retrotrajeran los efectos de la quiebra se consideraban nulos. Por tanto, aplicándose una interpretación apegada a esta letra, si el deudor cedido era declarado en quiebra, los pagos realizados por éste al cesionario que se incluyesen en el periodo de retroacción resultaban afectados por esa sanción de nulidad, perjudicando así a la sociedad de *factoring*.

La norma evitaba de este modo el efecto del artículo 878.II CCom, que, como hemos expuesto en este capítulo<sup>998</sup>, era interpretado por los tribunales de manera literal. Si bien, su segundo párrafo establecía una excepción al primero: permitía a la sindicatura de la quiebra dirigir la acción de retroacción sobre los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario contra éste o contra el cedente, o contra ambos a la vez, si probaba que alguno de ellos o ambos, en su caso, conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha del anticipo realizado por el cesionario al cedente. Es decir, en el caso de quiebra del deudor cedido estábamos ante una regulación que limitaba el régimen del artículo 878.II CCom a un requisito subjetivo: el conocimiento del estado de insolvencia del deudor cedido en un determinado margen temporal.

El precepto resultaba una copia del artículo 6 de la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*, cuyo texto original está aún en vigor. En cuanto a este artículo, el

---

<sup>998</sup> Vid. apartado 2 de este capítulo.



mismo establece en su apartado primero que el pago realizado por el deudor cedido al cesionario no está sujeto a la revocatoria prevista en el artículo 67 *L.Fall.*; no obstante, dicha acción puede ser interpuesta contra el cedente cuando el *curatore* pruebe que aquél conocía el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago al cesionario<sup>999</sup>. Es decir, el artículo 6.1 de la *Legge 52/1991* señala al cedente como legitimado pasivo de la revocatoria, realizando una exención subjetiva de la revocatoria referida a los pagos de deudas líquidas y exigibles (art. 67.2 *L.Fall.*<sup>1000</sup>), beneficiando así al cesionario<sup>1001</sup>. El sinsentido de que se señale al cedente como sujeto pasivo de la acción revocatoria cuando éste no ha recibido nada de manos del deudor cedido ha causado críticas en la doctrina italiana<sup>1002</sup>. También ha sido criticado que el presupuesto subjetivo consista en que el cedente conozca el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha en que éste ha pagado al cesionario<sup>1003</sup>.

No obstante, como podemos observar, la copia del artículo 6 de la *Legge 52/1991* no era exacta, pues existían algunas diferencias entre este precepto y el apartado cuarto

---

<sup>999</sup> «Art. 6. *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del debitore ceduto*

1. *Il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario non e' soggetto alla revocatoria prevista dall'articolo 67 del testo delle disposizioni sulla disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Tuttavia tale azione puo' essere proposta nei confronti del cedente qualora il curatore provi che egli conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento al cessionario.*

2. *E' fatta salva la rivalsa del cedente verso il cessionario che abbia rinunciato alla garanzia prevista dall'articolo 4».*

<sup>1000</sup> Art. 67.II *L.Fall.*: «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento». Este precepto corresponde al artículo 166.2 *CCII*.

<sup>1001</sup> Así se establece por GUERRIERI, G., *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, cit., p. 236. Sobre el tema, *vid.* también CLARIZIA, R., «Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza», cit., p. 879, autor que determina que el artículo 6 de la *Legge 52/1991* prevé una especie de acción revocatoria indirecta, porque no está dirigida al cesionario-factor, sino al cedente.

<sup>1002</sup> *Vid.* GUERRIERI, G., *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, cit., pp. 234-237. Sin embargo, a favor del legislador se muestra TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* (Tomo I), cit., p. 266, aunque define la regulación como compleja.

<sup>1003</sup> COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Derecho Italiano», cit., p. 134, destacando en este punto «la incongruencia de la norma en el supuesto en que el cesionario conozca el estado de insolvencia del deudor cedido en el momento del pago».

de la disposición adicional tercera que aquí tratamos. En primer lugar, si bien en la norma italiana se establece como legitimado pasivo de la «*azione revocatoria prevista dall'articolo 67*» solamente al cedente, la norma española establecía al «*cedente y/o cesionario*»<sup>1004</sup>. Con respecto a ello, la doctrina determinaba que la sindicatura solo podía ejercitar la acción contra uno de los dos (cedente o cesionario) si sólo con relación a éste tenía pruebas de que conocía el estado de insolvencia del deudor cedido y que podía dirigirla contra los dos si podía probar que los dos la conocían<sup>1005</sup>. En segundo lugar, como otra diferencia, el presupuesto para ejercitar la acción en la normativa italiana es el conocimiento por el cedente del estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha en que éste paga al cesionario, mientras que en la norma española dicho conocimiento – por el cedente, por el cesionario, o por ambos– se refería a un momento distinto: la fecha del anticipo realizado por parte del cesionario al cedente<sup>1006</sup>.

En definitiva, la redacción original del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, causó profundas críticas, considerándose aquél como el resultado deficiente y tosco de la labor del legislador, basada en el precepto italiano aquí explicado<sup>1007</sup>. Así, se destacó su imperfección técnica: el primer párrafo del citado apartado cuarto utilizaba el término «revocación» a la hora de referirse al artículo 878.II CCom («*Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán*

---

<sup>1004</sup> Sobre la expresión «y/o» en la versión original del segundo párrafo del apartado cuarto, señala ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 86, que la Real Academia Española recomienda evitar este uso de la barra.

<sup>1005</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 85, destacando que «*lo lógico es pensar que el legislador no establece que en todo caso la sindicatura puede dirigir la acción a su elección contra cedente o cesionario o contra los dos debiendo tan solo probar que cualquiera de ellos conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en el momento del anticipo*». Sobre el tema, vid. LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 101 y LEÓN SANZ, F., «Las acciones de reintegración y el contrato de factoring», cit., p. 4157, autores que manifiestan que en el contrato de *factoring*, el cliente cedente es el que mantiene la relación comercial con el deudor cedido y quien normalmente suele tener el conocimiento de la situación de insolvencia de dicho deudor.

<sup>1006</sup> Destaca también esta diferencia ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 163.

<sup>1007</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 83 y 84: «*Al analizar este apartado hay que empezar por señalar que, aunque parece difícilmente posible, en el mismo se superan, y además ampliamente, los niveles de imperfección técnica de la disposición adicional al copiarse de una manera que no puede calificarse más que de incomprensible el artículo 6 de la Ley 52...*». Vid. también ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 162;

*sujetos a la revocación prevista en el artículo 878, párrafo 2º, del Código de Comercio en el caso de quiebra del deudor de los créditos cedidos») y ello porque el artículo 6.1 de la Legge 52/1991 declara la no sujeción de los pagos que el deudor cedido haya realizado al cesionario a la «revocatoria prevista dall'articolo 67», esto es a la revocatoria fallimentare<sup>1008</sup>. Por este motivo, dicho apartado cuarto no casaba con el originario apartado tercero, el cual se refería a la declaración de nulidad del artículo 878. II CCom, causando confusión dicha falta de coincidencia<sup>1009</sup>. En cuanto al segundo párrafo, la imperfección técnica se refería a que, al limitar la aplicación de la retroacción de la quiebra al conocimiento del estado de insolvencia del deudor cedido, se basaba en un criterio extraño a nuestra normativa concursal y propio de la revocatoria italiana: la *scientia decoctionis*<sup>1010</sup>.*

Al hilo de lo anterior, en cuanto al último inciso de este apartado cuarto, su falta de concordancia con los párrafos anteriores hace que lo califiquemos también como otro defecto de técnica legislativa, consecuencia de haberse copiado de forma incorrecta el artículo 6.2 de la Legge 52/1991<sup>1011</sup>. Concretamente, el mismo establecía que «*dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se hubiere pactado así expresamente*». Este inciso ha generado dudas en la doctrina: basándose en su tenor

---

<sup>1008</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 84; GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., pp. 35 y 36; ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 162.

<sup>1009</sup> *Vid. supra* apartado 3.1 del presente capítulo.

<sup>1010</sup> ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 163: «*Los problemas que nos plantea la norma española radican en que, excluyendo el régimen de la retroacción de la quiebra que preveía el artículo 878, párrafo segundo, del Código de comercio, al limitar esa exclusión se basa curiosamente en el régimen de la revocatoria italiana*». Sobre este segundo párrafo del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, *vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., p. 36, autor que destaca que, seguramente por influencia de la Ley italiana «*la revocatoria ahora se basa en el conocimiento de la situación de insolvencia y no en el fraude*». *Vid.* también LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «*Concurso y factoring*», cit., p. 102, los cuales identifican el mero conocimiento del estado de insolvencia del deudor cedido como un «*parámetro de la buena fe más aligerado*».

<sup>1011</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., p. 37. Califica de «*sorprendente*» este último inciso GARCÍA VICENTE, J.R., «*Concurso del cedente en el contrato de factoring y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal*», cit., p. 436 (específicamente nota núm. 2).

literal, algún autor determinaba que la Ley exigía un pacto expreso suscrito entre cedente y cesionario, en virtud del cual este último aceptase las consecuencias negativas de la retroacción<sup>1012</sup>. Otros autores señalaban, también desde la interpretación literal del inciso, que se concluía que los órganos de la quiebra no podían dirigir la acción de retroacción contra el factor a menos que en el contrato de *factoring* se consintiera expresamente por éste, lo cual daban por descartado, pues difícilmente puede anteponerse un pacto a las normas concursales<sup>1013</sup>.

Sin embargo, la interpretación de este último inciso no debía hacerse conforme a la letra del texto, sino mediante la comparación con su equivalente en la *Legge 52/1991*: el artículo 6.2<sup>1014</sup>. Así, lo que quería decir el último inciso del apartado cuarto de nuestra norma es que, en caso de que la acción de retroacción se dirigiera frente al cesionario, éste podía repetir contra el cedente el importe de lo incorporado a la masa activa, excepto si se hubiese pactado el *factoring* sin regreso<sup>1015</sup>.

Expuesto lo precedente, nos referimos ahora a la cuestión de la interpretación de este apartado cuarto una vez promulgada la LCon, pues, como sabemos, la no adaptación de la disposición adicional tercera a aquélla hasta la publicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, provocó una falta de armonía y de concierto durante cierto periodo de tiempo.

---

<sup>1012</sup> Así GARCÍA SOLÉ, F., «La reciente normativa sobre *factoring*», cit., p. 1654. Concretamente el autor se refería a la aceptación por parte del cesionario de las consecuencias negativas de «*la revocación de la operación de la que trae causa el crédito cedido*», lo cual no se entiende.

<sup>1013</sup> ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 87, quien afirmaba que «*el resultado de esta interpretación es absurdo: el legitimado pasivo de una acción concursal puede libremente decidir si quiere o no que los órganos concursales se dirijan contra él. Además, si nada dice se veda a aquéllos tal ejercicio. Y, en fin, lo decide en el seno de una relación que le une con un tercero, el empresario cedente*». En el mismo sentido, GARCÍA VILLAVARDE, R., «*Quiebra y contrato de factoring*», cit., p. 36.

No obstante, *vid.* CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 456.

<sup>1014</sup> El artículo 6.2 de la *Legge 52/1991* establece: «*È fatta salva la rivalsa del cedente verso il cessionario che abbia rinunciato alla garanzia prevista dall'articolo 4*». Esto es, el precepto contempla la repetición del cedente (único sujeto contra el que se prevé la revocatoria) al cesionario si éste renunció a la garantía de solvencia prevista en el artículo 4. Con respecto a esto último se debe tener en cuenta que dicho artículo 4 determina que el cedente garantiza la solvencia del deudor, salvo que el cesionario renuncie a dicha garantía, lo cual no se trajo a nuestra norma española.

<sup>1015</sup> Compartimos el parecer de ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 87.

La mayoría de la doctrina consideraba, al igual que en el caso del apartado tercero, que las referencias que se hacían al artículo 878.II CCom habrían de sustituirse por el artículo 71 LCon, por lo que entendían que los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estaban sujetos a dicha acción rescisoria especial<sup>1016</sup>. Interesante en este punto fue la tesis de un sector doctrinal<sup>1017</sup>, que si bien en el apartado tercero sostuvo que la referencia que se hacía al artículo 878.II CCom quedaba sin contenido por haber desaparecido el objeto de la remisión, no pudiéndose reconstruir la misma conforme al artículo 71 LCon, con respecto a este apartado cuarto llegaba a la conclusión expuesta (exclusión de la rescisión concursal con respecto a los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario), fundamentándola en que este apartado contenía una regulación propia que no se construía por medio de una remisión.

#### **4.2. El régimen actual del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero: continuación del régimen concursal especial**

La disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, dio una nueva redacción al apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, quedando redactado como sigue y siendo éste el régimen vigente:

*«4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por*

---

<sup>1016</sup> LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 100; LEÓN SANZ, F., «Las acciones de reintegración y el contrato de factoring», cit., p. 4156: «*Lo dispuesto en este precepto se habrá de interpretar en el sentido de que los pagos de los créditos objeto de cesión realizados por el deudor cedido al cesionario no están sujetos al régimen de reintegración previsto en la Ley Concursal (arts. 71 a 73)*».

<sup>1017</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 455.

*el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente».*

Así, se continúa reconociendo el régimen concursal especial para el caso de concurso del deudor cedido, como se hacía en el texto original, excluyéndose la rescisión concursal con respecto a los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario<sup>1018</sup>. En este punto reiteramos lo expuesto precedentemente: la referencia al artículo 71.1 LCon queda sucedida por el artículo 226 TRLCon, precepto equivalente<sup>1019</sup>.

El texto actual de la norma, de la misma manera que su texto original, contiene excepciones a la exclusión, si bien en lugar de sólo una excepción como aquél, establece dos. En cuanto a la primera de ellas, se permite la rescisión concursal de los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario si han sido efectuados con respecto a deudas no vencidas y que vencían después de la declaración del concurso. En realidad, en este caso, se incorporó a la disposición adicional tercera una de las presunciones de perjuicio *iure et de iure* del artículo 71.2 LCon, en concreto la que se refiere a los «pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso», cuyo fundamento se explica en que esa anticipación selectiva del deudor altera injustificadamente la *par conditio creditorum*<sup>1020</sup>. Dicho artículo, ahora sustituido por el 227 TRLCon, tiene como antecedente el artículo 879 CCom: «Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron. El descuento de sus propios efectos, hecho por el

---

<sup>1018</sup> Por tanto, en el conjunto de los apartados tercero y cuarto de esta disposición adicional tercera, la cuestión vino definitivamente resuelta en el sentido defendido por CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 455.

<sup>1019</sup> *Vid. supra* apartado 1 *in fine* de este capítulo octavo.

<sup>1020</sup> Sobre el fundamento de dicho artículo *vid.* SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, cit., pp. 139 y 140: «La ratio del precepto radica en que mientras el crédito no sea exigible, estando próximo al concurso (periodo sospechoso), no está justificado su pago, pues supone un trato de favor». También *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 73, 1959, p. 111: «El pago anticipado realizado en una situación de insuficiencia patrimonial es siempre un camino para favorecer a un acreedor singular y es siempre una violación de la *par conditio*».

*comerciante dentro del mismo plazo, se considerará como pago anticipado», y es el equivalente del artículo 1292 CC: «Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos».*

En cuanto a la segunda excepción a la exclusión de la rescisión concursal, se permite dicha acción rescisoria especial con respecto a los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario siempre que quien la ejercite (administración concursal o, de forma subsidiaria, los acreedores – arts. 231 y 232 TRLCon –) pruebe que el cedente o cesionario conocían del estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha del anticipo realizado por el cesionario al cedente. En este punto es necesario destacar una mejora en la redacción de este apartado: a diferencia del texto anterior, no especifica que la acción de impugnación se pueda ejercitar «frente al cedente y/o cesionario», por lo que se entiende que la rescisoria concursal se dirigirá frente el cesionario, siguiendo el régimen concursal general (art. 233.1 TRLCon: «Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el concursado y contra quienes hayan sido parte del acto impugnado»). De esta forma se acaba con el sinsentido de que fuera el cedente el legitimado pasivo cuando éste no había recibido nada del deudor cedido, cuestión que causó críticas en la doctrina italiana<sup>1021</sup>. Además, así el último inciso del apartado cuarto («Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente») cobra todo el sentido: el cesionario, único legitimado pasivo de la rescisión concursal, puede repetir contra el cedente el importe de lo devuelto a la masa activa, excepto si se hubiese pactado el *factoring* sin regreso<sup>1022</sup>.

No obstante, esta excepción sigue arrastrando los defectos de técnica legislativa de su versión original, como es la exigencia probatoria de la foránea *scientia decoctionis* o conocimiento del estado de insolvencia del deudor cedido por parte del cedente o

---

<sup>1021</sup> Vid. nota núm. 1002.

<sup>1022</sup> Recordemos que establecimos en el apartado anterior que este era el significado del último inciso del apartado cuarto en el caso de que la acción de retroacción se dirigiera contra el cesionario.

cesionario en la fecha del anticipo para poder ejercitar la acción rescisoria concursal<sup>1023</sup>. Teniendo en cuenta que quien tiene la carga probatoria es la administración concursal (o los acreedores, subsidiariamente), la apreciación de este presupuesto subjetivo será difícil, no sólo por ir referido al cedente o al cesionario, sino también por estar delimitado a un momento concreto<sup>1024</sup>.

Una vez explicado el actual apartado cuarto de la disposición adicional tercera que tratamos, manifestamos nuestro desconcierto porque el mismo siga reconociendo el régimen concursal especial para el caso de concurso deudor cedido, excluyendo la rescisión concursal de los pagos realizados por aquél al cesionario. Bajo nuestro juicio, dicha exclusión carece de fundamento, pues si se aplicase el régimen concursal general esos pagos sólo serían rescindibles si realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso fuesen perjudiciales (art. 226 TRLCon). Con respecto a esto último, aparte de la presunción de perjuicio *iure et de iure* que reconoce el artículo 227 TRLCon para los pagos anticipados de obligaciones que vencen después de la declaración de concurso, la doctrina jurisprudencial determina que son perjudiciales los pagos debidos, vencidos y exigibles realizados en situación de insolvencia del deudor y próximos a la solicitud y declaración del concurso, pues dichas circunstancias privan de justificación a esos pagos. Además, como otros elementos que también pueden determinar que el pago en cuestión resulte injustificado, y por tanto perjudicial, destaca el Alto Tribunal la naturaleza del crédito satisfecho y la condición del acreedor<sup>1025</sup>.

---

<sup>1023</sup> Comenta la redacción actual del apartado cuarto GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. p. 1282, señalando que no se le alcanza la razón de ser de esta excepción que da relevancia al conocimiento del estado de insolvencia. La respuesta es que, como ya establecimos en el epígrafe anterior, este apartado cuarto es una copia del artículo 6 de la *Legge 52/1991* italiana, y a pesar de que haya sido modificado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, sigue exigiendo esa prueba de *scientia decoctionis*, heredándola de su redacción original.

<sup>1024</sup> En este sentido, con respecto al Derecho anterior, se pronuncia ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra*, cit., p. 86.

<sup>1025</sup> Recordemos que el Tribunal Supremo ha conceptualizado el perjuicio como un «*sacrificio patrimonial injustificado*» (vid. apartado 3.2.2 de este capítulo). La STS de 26 de octubre de 2012, recurso núm. 672/2010, (RJ 2012\10415), determina que: «*En el caso de los pagos, aunque conlleven una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se puede considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso siempre que esté vencido y sea*



Por tanto, mantener el apartado cuarto de la disposición adicional tercera tiene como efecto que los pagos debidos, vencidos y exigibles, que fuesen perjudiciales y se hubiesen realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, no puedan ser rescindidos, otorgando en consecuencia un privilegio a la sociedad de *factoring*: pensemos, por ejemplo, en el supuesto en el que el deudor cedido, dentro del periodo sospechoso establecido en el artículo 226 TRLCon, haya pagado al factor su deuda, vencida y exigible, estando ya en situación de insolvencia y en un momento próximo a su posterior solicitud y declaración del concurso. Este apartado cuarto impediría que dicho pago, considerado perjudicial por la doctrina jurisprudencial correspondiente al régimen concursal general, sea rescindido. Sólo podría rescindirse en el caso que se probase que cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha del anticipo realizado por el cesionario al cedente, circunstancia que como hemos expuesto es difícil de evidenciar.

Así las cosas, sostenemos que la exclusión al sistema de rescisión concursal que realiza el apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, otorga a las entidades de *factoring* un injustificado trato de favor en caso de concurso del deudor cedido, por lo que debería modificarse dicho apartado, estableciéndose la aplicación del régimen general concursal en este punto, como hace el actual apartado tercero, el cual tiene finalidad aclaratoria<sup>1026</sup>. A diferencia de un sector

---

*exigible, por regla general goza de justificación, y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor) que puedan privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum».*

Asimismo, establece dicha STS «cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido».

<sup>1026</sup> Se refiere a la dudosa justificación del régimen concursal especial en el caso del deudor cedido GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», cit. pp. 1281 y 1282, señalando que ya no se encuentra fundamento racional para la excepción legal. También IGLESIAS ESCUDERO, S., «La rescisión en sede concursal de las cesiones de créditos ligadas a las operaciones de *factoring*», cit., p. 88. Sin embargo, a favor del régimen del actual apartado cuarto de la disposición adicional tercera se manifiesta MARTÍNEZ ROSADO, J., «El nuevo régimen de las cesiones de créditos en el concurso (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras)», cit., p. 663.

doctrinal, no consideramos que deba derogarse la entera disposición tercera que aquí tratamos<sup>1027</sup>, pues como establecimos precedentemente tiene utilidad en determinados aspectos (reconocimiento de la viabilidad de la cesión global y anticipada de créditos futuros y establecimiento del especial régimen de oponibilidad)<sup>1028</sup>.

---

<sup>1027</sup> El autor IGLESIAS ESCUDERO, S., «La rescisión en sede concursal de las cesiones de créditos ligadas a las operaciones de factoring», cit., p. 88, propone la entera derogación de la disposición adicional tercera por el mantenimiento del régimen concursal especial que realiza su apartado cuarto: «*En nuestra opinión, la aplicación del régimen ofrecido por la Ley Concursal, que dispone la rescisión únicamente de los actos perjudiciales para la masa activa garantizaría suficientemente la seguridad en el tráfico jurídico de las operaciones de factoring, a la vez que evitaría el estado de privilegio de las entidades operantes en esos mercados, por lo que proponemos la derogación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de modo que resulte aplicable el sistema de acciones de reintegración que regula el artículo 71 de Ley 22/2003, basado en el daño objetivo para la masa activa, a los pagos que hubiera realizado al cesionario el deudor cedido incurso en un procedimiento concursal*».

<sup>1028</sup> Vid. apartado 3.2.1 de este capítulo.

## CÁPITULO NOVENO. *FACTORING* Y SEPARACIÓN CONCURSAL

### 1. INTRODUCCIÓN

Al comienzo del capítulo anterior expusimos que en cuanto a los problemas que presenta el tratamiento concursal del contrato de *factoring*, la separación de la masa de los créditos cedidos al factor se presenta como una cuestión relevante, dadas las dudas que ha suscitado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Como destaca la doctrina, el debate se centra en precisar si el factor puede impedir que los créditos que le habían sido cedidos previamente formen parte de la masa activa con cargo a la cual debe satisfacerse a los acreedores del concursado<sup>1029</sup>.

Si bien la masa activa del concurso se constituye por la totalidad de los bienes y derechos que pertenecen al concursado (principio de universalidad), puede suceder que se incluyan en ella bienes o derechos que realmente no pertenecen a aquél. Es la administración concursal quien tiene la labor de determinar en el momento inicial del concurso la composición de la masa activa, debiendo elaborar un inventario con la relación y la valoración de los bienes y derechos que considera integrados en la misma (art. 198.1 TRLCCon<sup>1030</sup>). Esta tarea se realiza partiendo del examen del inventario que el deudor debe acompañar a su solicitud de concurso (art. 7.2º TRLCCon), o en caso de concurso necesario, del que le es requerido presentar en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la declaración de concurso (art. 28. 2 TRLCCon)<sup>1031</sup>, así como de

---

<sup>1029</sup> Así se expone por RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4331. En el mismo sentido, *vid.* LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., p. 107; ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 270; FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, cit., p. 282.

<sup>1030</sup> «Artículo 198 TRLCCon. Deber de elaboración de inventario: 1. La administración concursal deberá elaborar un inventario de la masa activa, que incluirá la relación y la valoración de los bienes y derechos de que se compone al día inmediatamente anterior al de la presentación de su informe».

<sup>1031</sup> GÓMEZ LÓPEZ, E., «Artículo 198. Deber de elaboración del inventario», AA.VV., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. Juan Ignacio Peinado García y Enrique Sanjuán y Muñoz), Vol. II, Madrid, 2020, p. 60. Si bien, tal y como advierte RECALDE CASTELLS, A., «El informe de la administración concursal (I): Estructura del informe y determinación de la masa activa», AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal* (dir. Ignacio Quintana Carlo, Ángel Bonet

una serie de presunciones: en el caso de los bienes muebles, la presunción de la titularidad se liga a la posesión (art. 448 CC: «*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo*»), en el caso de los bienes inmuebles, se presume que es titular la persona a cuyo nombre aparezcan inscritos en el Registro la Propiedad (art. 38 Ley Hipotecaria<sup>1032</sup>: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos*»), y en el supuesto de los derechos de crédito, la presunción de titularidad recae sobre quien lo «posee», esto es, quien aparentemente está legitimado para ejercitarlos (art. 1164 CC: «*El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor*»)<sup>1033</sup>.

En el caso del *factoring*, con respecto a los derechos de crédito que han sido cedidos mediante este contrato al factor, la administración concursal en el momento de elaborar el inventario de la masa activa del cliente-concursado puede haber incluido incorrectamente aquéllos, por haberlos asumido integrados en su patrimonio. En este

---

Navarro y José Antonio García-Cruces González), Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 391, a pesar de que el inventario que se adjunta al informe de la administración concursal se elabora a partir del inventario presentado por el deudor, éste no es vinculante, destacando que la administración concursal «*realiza un análisis crítico de los datos aportados por el deudor*». Que la administración concursal no puede limitarse a reproducir la información recibida sino que debe depurarla, constatarla y actualizarla en la medida de lo posible es asimismo destacado por DÍAZ MORENO, A., «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2014, p. 400.

Sobre este punto, *vid.* también RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 82. Formación del inventario», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 1477: «*Es cierto que en esta tarea la administración concursal utilizará como punto de partida la amplia información sobre el patrimonio del deudor que éste haya ofrecido; pero la formulación del inventario corresponde a los mismos administradores concursales – a la administración concursal, en nuestro Derecho Concursal vigente –. En este sentido, el inventario posee un especial valor para informar sobre la composición de la masa activa, como consecuencia de la independencia y objetividad que concurren en sus autores*».

<sup>1032</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946).

<sup>1033</sup> Destacando estas presunciones, FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 228, así como RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 1443.

punto cabe destacar – una vez más – la complejidad de este contrato y sus varias modalidades, no sólo en lo referente a sus funciones (*factoring* en comisión de cobranza, *factoring* sin regreso y *factoring* con regreso), sino también en cuanto a la fórmula de insertar la cesión de crédito (*factoring* como contrato preparatorio de las cesiones posteriores o *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros). La tarea de la administración concursal en este caso se ve dificultada<sup>1034</sup>, a lo que se añade el elemento de presión del plazo establecido en la Ley para presentar el inventario. Con respecto a esto último, siendo el inventario un documento anejo al informe que el administrador concursal debe presentar en el concurso en los términos del artículo 290 TRLCon<sup>1035</sup>, en relación con el plazo de presentación tenemos que irnos al referido precepto, el cual determina el deber de presentación del informe de la administración concursal «dentro de los dos meses siguientes a contar desde la fecha de aceptación»<sup>1036</sup>. Ello al menos como regla general, pues el artículo 291 TRLCon posibilita la prórroga del plazo, siempre que concurran determinadas circunstancias<sup>1037</sup>, y el artículo 525 TRLCon reduce aquél en caso de que el concurso se siga por el procedimiento abreviado<sup>1038</sup>.

---

<sup>1034</sup> Refiriéndose a la naturaleza jurídicamente compleja del contrato de *factoring* y a que dicha circunstancia complica la decisión de la administración concursal FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, cit., p. 285.

<sup>1035</sup> Que el inventario no es un documento autónomo, sino que ha de acompañar al informe de la administración concursal se determina en el artículo 293.1 TRLCon: «Al informe se acompañarán los documentos siguientes: 1.º El inventario de la masa activa, junto con la relación de los litigios en tramitación y la de las acciones de reintegración a ejercitar». Ello también es destacado por la doctrina – vid. TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 660; GÓMEZ LÓPEZ, E., «Artículo 198. Deber de elaboración del inventario», cit., p. 60 –.

<sup>1036</sup> En caso de administración concursal dual el plazo para la presentación del informe se contará desde la fecha en que se produzca la última de las aceptaciones (art. 290 TRLCon *in fine*).

<sup>1037</sup> Según lo dispuesto en el artículo 291 TRLCon, si el plazo de comunicación de créditos venciera después del plazo legal para la presentación del informe, éste se prorrogará de manera automática hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo para la comunicación de los créditos. En el caso de que concurrieran circunstancias excepcionales, la administración concursal podrá solicitar al juez la prórroga del plazo de presentación del informe por tiempo no superior a dos meses más, solicitud que también podrá realizar si el número de acreedores fuera superior a dos mil, prórroga esta última que tendrá una duración máxima de cuatro meses.

<sup>1038</sup> En este caso, el artículo 525.3 TRLCon determina que «La administración concursal deberá presentar su informe en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Cuando

Naturalmente, si la administración concursal tiene conocimiento cierto de que un derecho de crédito (o cualquier otro elemento patrimonial) pertenece a un tercero, no lo incluirá en la masa activa, restituyéndolo en su caso<sup>1039</sup>. No obstante, si existen dudas, el comportamiento esperable es que se incluya en el inventario de la masa activa aquél bien de titularidad discutible: de esta manera se protege el interés del concurso y a sus acreedores, mientras que el tercero siempre tiene la posibilidad de defender su interés ejercitando el correspondiente derecho de separación (art. 239 TRLCon)<sup>1040</sup>. La opción inversa, no incluir el bien en el inventario, podría causar la responsabilidad de la administración concursal si más tarde se determinara la pertenencia de dicho bien al concursado, siempre que aquélla hubiese obrado negligentemente (art. 94.1 TRLCon)<sup>1041</sup>.

---

*concurra causa justificada, el administrador concursal podrá solicitar al juez una prórroga, que en ningún caso excederá de quince días». No obstante, el apartado primero del artículo 525 TRLCon determina que «La administración concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los quince días siguientes a la aceptación del cargo», lo que posibilita que dicho inventario no vaya unido al informe, tal y como manifiesta DÍAZ MORENO, A., «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», cit., p. 398.*

<sup>1039</sup> TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 711.

<sup>1040</sup> Así, ARIAS VARONA, F.J., «Administradores concursales y bienes o derechos de titularidad discutible», *Revista del REFOR*, núm. 21, marzo de 2007, pp. 12 y 13, el cual destaca la difícil tesitura en la que se encuentra la administración concursal con relación a los bienes o derechos cuya titularidad es discutible: «O los incorporan al inventario de la masa, pretendiendo que son del deudor, o bien los dejan fuera sobre la base de que no lo son, restituyéndolos, en su caso, al tercero», destacando que la primera alternativa «se trata de un comportamiento defensivo, y en cierto modo, es el más esperable. Con él se protege al máximo el interés del concurso y a sus acreedores, mientras que el tercero siempre tiene la posibilidad de reclamar el correspondiente derecho de separación (art. 80 LCon – ahora art. 239 TRLCon –)».

Sobre el tema, *vid.* también CORDÓN MORENO, F., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 914.

<sup>1041</sup> Que la exclusión apriorística de ciertos elementos patrimoniales de la masa puede derivar en la responsabilidad de los administradores es destacado por ARIAS VARONA, F.J., «Administradores concursales y bienes o derechos de titularidad discutible», cit., p. 12, así como por TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 659: «Si el órgano – negligentemente – deja algún bien del deudor fuera del inventario, podrá responder del daño que le cause a la masa. Pero la responsabilidad no tendrá como origen la falta de conservación del bien (que constituye, en sí, una causa de responsabilidad propia, pero distinta – la infracción del deber de conservar –) sino la no inclusión en el elenco de bienes que integran la masa activa, con la pérdida de los efectos jurídicos que la inventarización trae consigo. Ejemplos podrían ser la pérdida del valor probatorio de la sujeción de un bien al concurso, que trajese como consecuencia la libre adquisición de la cosa por un tercero; o, directamente, el menor dividendo recibido por los acreedores concursales».

Tal y como determina algún autor<sup>1042</sup>, la inclusión en la masa de un elemento patrimonial no requiere la investigación de su pertenencia al concursado, ni que ésta se acredite indubitadamente. Será suficiente la presunción de pertenencia, las cuales hemos destacado anteriormente. Compartiendo la opinión de este sector doctrinal, de no ser de esta manera, la administración concursal perdería tiempo y recursos, siendo el titular del derecho de separación quien se encuentra en mejor situación para defender su propio interés, destruyendo aquellas presunciones mediante la demostración de que el elemento patrimonial en cuestión es de su propiedad<sup>1043</sup>.

Pues bien, expuesto lo anterior, si la administración concursal incluye en la masa activa del cliente de *factoring* concursado los créditos que habían sido cedidos al factor con anterioridad a la declaración del concurso, habrá que dilucidar si dicho cesionario tiene derecho a separarlos de la masa (art. 239 TRLCon). Ello dependerá de si la cesión realizada originó o no efectos traslativos.

## 2. LA TITULARIDAD DE LOS CRÉDITOS CEDIDOS MEDIANTE EL CONTRATO DE *FACTORING* Y EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL FACTOR

En el presente trabajo, al tratar la naturaleza jurídica del contrato de *factoring*, examinamos la causa que cumple la cesión de créditos en cada una de sus modalidades para dilucidar si era idónea y suficiente para producir una transmisión plena de los créditos objeto del contrato al factor<sup>1044</sup>.

---

<sup>1042</sup> CORDÓN MORENO, F., «Artículo 80. Separación», cit., p. 914.

<sup>1043</sup> TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., pp. 712 y 713: «A nuestro entender, la asignación al órgano de administración concursal de semejante tarea traería consigo efectos perjudiciales para el concurso. Dado que estamos ante una labor que en muchas ocasiones será difícil, sobre todo si la documentación contable del concursado – como tantas veces sucede – no está correctamente elaborada, la administración perdería una gran cantidad de tiempo y recursos, y esto sucedería en la fase inicial del concurso, momento especialmente delicado en el que se necesita la constante actividad del órgano. Por otra parte, parece que el titular del derecho de separación se encuentra en mejor situación para defender su propio interés...».

<sup>1044</sup> En este punto recordamos las palabras PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1037, ya expuestas en el capítulo quinto del presente trabajo: «Para que una transmisión patrimonial se

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

Así, concluimos que el contrato de *factoring* en comisión de cobranza no tiene aptitud causal para producir una cesión plena. En esta modalidad el factor solo presta el servicio de gestión y administración, por lo que la cesión únicamente lo legitima para cobrar el crédito, para exigir al deudor cedido la prestación en nombre propio, no teniendo efecto traslativo. Se trataría de un negocio fiduciario (como destaca algún autor<sup>1045</sup>, siguiendo una terminología clásica, se trataría de un supuesto de *fiducia cum amico*<sup>1046</sup>) –. Por tanto, si la administración concursal ha incluido los créditos cedidos al factor bajo esta modalidad en la masa activa del concurso del cliente-cedente, el factor no podrá separarlos ejercitando el artículo 239 TRLCon: dichos créditos forman parte del patrimonio del concursado, siendo éste su titular<sup>1047</sup>.

En el caso del contrato de *factoring* sin regreso, explicamos que las cesiones de crédito realizadas mediante esta modalidad originan plenos efectos traslativos, debido a la posición en la que se encuentra el factor, pues presta los servicios de gestión y administración, de financiación y de garantía. La causa perseguida con la cesión de créditos en este supuesto es la prestación de esos servicios por parte del factor, siendo idónea y suficiente para producir la salida de los créditos objeto del contrato de la masa

---

*produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, legalmente bastante para transferir el derecho, real o de crédito, objeto de la misma»; «Negado el carácter abstracto de la cesión de créditos, habrá de resultar obvio que no cabe en nuestro Derecho una cesión plena de un crédito, por más que las partes estén de acuerdo en que la plena titularidad del mismo se transmita de la una a la otra, si no existe causa suficiente para que una tal transmisión se produzca» (p. 1039).*

<sup>1045</sup> ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 273.

<sup>1046</sup> Sobre la *fiducia cum amico*, vid. STS de 8 de octubre de 2012, recurso núm. 150/2010, (RJ 2012/9028): «En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico...» (Fundamento de Derecho quinto).

<sup>1047</sup> A propósito de la cesión con finalidad de cobranza, determina PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», cit., p. 1041: «En caso de embargo del crédito por los “acreedores” del cesionario, dispondrá el “cedente” de la acción de tercería de dominio (arts. 1532 y ss. LEC); en caso de quiebra del “cesionario” de la separatio ex iure dominii (art. 908 CCom). El embargo del crédito por los acreedores del “cedente” será plenamente eficaz y carecerá el “cesionario” de acción de tercería alguna». Vid. también SAP Córdoba de 30 de septiembre de 2013, recurso núm. 168/2013, (JUR 2013/374148): «Si la cesión se realiza en virtud de una mera comisión para el cobro, sus efectos serán meramente legitimatorios, sin que se produzca una transmisión con efectos patrimoniales. La sociedad de factoring no podrá invocar la cesión realizada a su favor para separar los créditos en caso del concurso del cedente y estos créditos deberán integrarse en la masa activa del concurso».



patrimonial del cliente-cedente<sup>1048</sup>. Así las cosas, el factor está facultado a instar la separación del artículo 239 TRLCon en caso de que los créditos que le hubiesen sido cedidos mediante esta modalidad se incluyesen en la masa activa del cliente-cedente concursado.

Con respecto al *factoring* con regreso, ya destacamos que existe un sector doctrinal<sup>1049</sup> que defiende que la cesión de los créditos responde aquí a un fin de garantía. Así, los defensores de esta tesis afirman, en cuanto a la causa que cumple la cesión, que ésta se produce para garantizar al factor el cumplimiento de la obligación de restitución por parte del cedente, en caso de que el cobro del deudor cedido resultare infructuoso. En consecuencia, no consideran que la cesión sea traslativa en este supuesto, determinando que la naturaleza del derecho que corresponde a la sociedad de *factoring* sobre los créditos cedidos es la del reconocimiento a su favor de una prenda de créditos, debiendo ser reconocida como acreedor con privilegio especial (art. 270.6º TRLCon). No obstante, nosotros hemos manifestado nuestra disconformidad con esta tesis, considerando el contrato de *factoring* con regreso como traslativo, aspecto ratificado por el Tribunal Supremo<sup>1050</sup>. Tal y como expusimos, la causa de la cesión de créditos en esta modalidad es la prestación por el factor de los servicios de gestión y administración y de financiación, resultando este último propósito idóneo y suficiente para producir una cesión plena de los créditos objeto del contrato<sup>1051</sup>. Por tanto, el factor tiene la facultad de ejercitar la separación del artículo 239 TRLCon en el caso de que se

---

<sup>1048</sup> Tal y como expusimos en el capítulo quinto (concretamente en su apartado 4.2), en el *factoring* sin regreso se produce una genuina cesión de crédito, esto es, una cesión con plenos efectos traslativos, deduciéndose dicha eficacia de la doctrina general del negocio jurídico y de la cesión de crédito. También destacamos que el Tribunal Supremo ha determinado que el *factoring* sin regreso es traslativo.

<sup>1049</sup> Expusimos en el capítulo quinto que aboga por esta tesis el profesor RECALDE CASTELLS, A., en «Contrato de Factoring y cesión de créditos», cit., p. 3989; en «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4340; y en LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y factoring», cit., pp. 110 y 111. Conforme a esta teoría se muestra ARIAS VARONA, F.J., «El contrato de factoring», cit., p. 876.

<sup>1050</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* apartado 5 del capítulo quinto (especialmente, apartados 5.2 y 5.3).

<sup>1051</sup> *Vid.* apartado 5.4 del capítulo quinto.

incluyesen en la masa activa del concurso de su cliente los créditos cedidos bajo esta modalidad.

En conclusión, la sociedad de *factoring* podrá ejercitar la separación del artículo 239 TRLCon de los créditos objeto del contrato que les hayan sido cedidos antes de la declaración del concurso de acreedores de su cliente-cedente en las modalidades de *factoring* sin regreso y *factoring* con regreso. Si bien, ello hay que relacionarlo con la configuración de la cesión de los créditos que se haya instaurado en el contrato, para así especificar en qué momento dicha cesión es eficaz y cómo afecta ello al derecho de separación del factor.

Como sabemos existen dos fórmulas de insertar la cesión de créditos en el contrato de *factoring*, dando lugar a las modalidades de *factoring* como contrato preparatorio de cesiones posteriores y de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, siendo ésta última la más utilizada en la práctica actual por las ventajas que conlleva, tanto para el factor como para el cliente-cedente<sup>1052</sup>. La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, en su apartado segundo, establece que las cesiones de créditos empresariales a las que se refiere tendrán eficacia frente a terceros «*desde la fecha de celebración del contrato de cesión*», siempre que se justifique la certeza de la fecha por cualquier medio de prueba admitido en derecho<sup>1053</sup>. Siendo de aplicación dicha disposición adicional al *factoring* sin regreso y con regreso, en el caso de que estas modalidades se relacionen en el contrato con una cesión global anticipada de créditos futuros que cumpla las condiciones especificadas en la norma, desde la fecha cierta de celebración del contrato de *factoring* la cesión resultará eficaz y oponible. Esto es así porque, tal y como explicamos, mediante esta fórmula la cesión de créditos tiene lugar con la conclusión del contrato de *factoring*: como la cesión es anticipada, cuando nacen los créditos lo hacen directamente en el patrimonio del factor, produciéndose en

---

<sup>1052</sup> Vid. apartado 2 del capítulo tercero de este trabajo.

<sup>1053</sup> «2. Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por algunos de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho». Sobre el tema, vid. apartado 3 del capítulo sexto del presente trabajo.

ese momento la efectiva eficacia traslativa. Así, si el contrato de *factoring* (contrato de cesión) se produjo antes del concurso del cliente-cedente, los créditos objeto del mismo nacidos también con anterioridad a la declaración del concurso forman parte del patrimonio del factor, por lo que si se incluyen en la masa activa del cliente-cedente podrá separarlos (art. 239 TRLCon). Pero el *quid* reside en realidad en los créditos que se han cedido anticipadamente mediante el contrato de *factoring* pero que en el momento de declararse el concurso no hayan nacido<sup>1054</sup>. En este supuesto, y debido a que como sabemos la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, determina que las cesiones a las que se refiere tienen eficacia frente a terceros desde la fecha cierta de celebración del contrato de cesión, el factor también puede oponer frente al concurso del cedente estos créditos cedidos pendientes de nacimiento aunque no tenga aún la efectiva titularidad sobre aquéllos por su carácter de futuros, siempre que el contrato de *factoring* se hubiese celebrado con anterioridad a la declaración del concurso del cliente-cedente y se justifique la certeza de su fecha (como hemos especificado en este trabajo, es práctica habitual elevar el contrato de *factoring* a escritura pública)<sup>1055</sup>. Por tanto, los créditos objeto del contrato de *factoring* con o sin regreso bajo la fórmula de cesión global anticipada que cumpla con las condiciones de

---

<sup>1054</sup> Así también se destaca por FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., p. 226, que sobre la cesión de créditos futuros y su separación establece: «En este sentido, si el crédito hubiera nacido antes de la declaración de concurso, no habría lugar a dudas: el nacimiento del crédito, y la consiguiente eficacia traslativa en favor del cesionario, se habría verificado con anterioridad a la declaración concursal, y nada justificaría que ese “bien” de propiedad ajena se integrara en la masa de la quiebra. (...) El problema, en realidad, viene dado cuando el “nacimiento” de dicho crédito (entendiendo como tal nacimiento la desaparición de su condición de “futuro”) se produce con posterioridad a la declaración del concurso del cedente».

<sup>1055</sup> Sobre el tema, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de factoring», cit., pp. 33 y 34, así como ROMERO MATUTE, B., en «Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Madrid, 2005, pp. 4362 y 4363, y en *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, cit., p. 136: «En este sentido, en la d. a. 3ª. se establece la oponibilidad por el cesionario frente a terceros de créditos que aún no han sido adquiridos por dicha entidad de crédito cesionaria, porque aun cuando existe vínculo obligacional, no hay todavía titularidad del crédito en tanto que éste no ha nacido. Ahora bien, como consecuencia de esta norma, los créditos cuando nazcan lo harán ya en el patrimonio del cesionario, independientemente de que surjan antes o después de la declaración concursal del cedente, pues habiéndose estipulado el contrato de cesión con anterioridad a la misma, desde ese mismo momento dichos créditos son oponibles frente a los terceros interesados en el patrimonio del cedente». También FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., p. 226: «dicho crédito, aun “nacido” con posterioridad a la declaración del concurso, no deberá integrar la masa activa del mismo».

la referida disposición adicional tercera celebrado con anterioridad a la declaración del concurso del cliente-cedente, no deben integrar su masa activa, teniendo el factor derecho a separarlos si ello sucede<sup>1056</sup>.

Cuestión distinta es que las modalidades con regreso o sin regreso se hayan establecido en un contrato de *factoring* preparatorio de cesiones posteriores (cuya fórmula, reiteramos, está en desuso<sup>1057</sup>). En este caso ya destacamos que el contrato de *factoring* produce solo efectos obligatorios entre las partes: el cliente de *factoring* se obliga a ceder los créditos especificados en el contrato y el factor se obliga a aceptarlos, si cumplen las condiciones estipuladas, disgregándose así la operación de *factoring* en una pluralidad de cesiones individuales. Tal y como destaca algún autor, en este caso, respecto a cada crédito que se cede individualmente, la fecha relevante será la de su aceptación por el factor, pues es en ese momento cuando se produce la eficacia traslativa<sup>1058</sup>. Así, la sociedad de *factoring* podrá separar los créditos que hubiesen sido ofrecidos por su cliente y aceptados por ella antes de la declaración de concurso, pero no los demás especificados en el contrato que no cumplan con esa circunstancia, pues estos pertenecerán al patrimonio de su cliente. No obstante, la declaración de concurso de este último no afectará a la vigencia del contrato de *factoring* (art. 156 TRLCon), por lo que las ofertas de los créditos se deberán seguir produciendo por parte del cliente-concurrido, al igual que las aceptaciones del factor, salvo que el contrato se resuelva

---

<sup>1056</sup> Vid. STS de 6 de noviembre de 2013, recurso núm. 1703/2011, (RJ 2013\7863), así como STS de 25 de febrero de 2014, (RJ 2014\1404), estableciéndose en esta última: «Como ya declaramos en la citada Sentencia núm. 650/2013, de 6 de noviembre, el efecto de la cesión de créditos antes del concurso de la cedente es que estos créditos cedidos no deben formar parte de la masa activa del concurso y, si se hubieran incluido, el cesionario estaría legitimado para reclamar su separación».

<sup>1057</sup> Vid. apartado 2.1 del capítulo tercero de este trabajo.

<sup>1058</sup> RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*», cit., p. 4345: «En el caso del *factoring* se debe dilucidar si la fecha cierta que se pide es la del contrato de *factoring* o la de aquella en la que se realiza efectivamente la cesión de cada crédito. Una vez más, la cuestión dependerá de la estructura de la operación que hayan adoptado las partes. Respecto de cada crédito que se cede individualmente, la fecha relevante será la de la aceptación. Hasta ese momento, la entidad de *factoring*, no podrá proceder a separar su crédito como adquirente a título pleno...». En el mismo sentido, LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», cit., p. 114.

Con respecto a la aceptación de los créditos por el factor, recordamos que ésta puede resultar de hechos concluyentes (por ejemplo, otorgar el anticipo al cliente o comenzar a realizar las labores contables) – así se expone en el apartado 2.1 del capítulo tercero de este trabajo –.

por incumplimiento (arts. 160 a 163 TRLCon) o por interés del concurso (art. 165 TRLCon)<sup>1059</sup>.

### 3. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN POR EL FACTOR

Una vez dilucidados los supuestos en los que el factor puede instar la acción de separación de los créditos que le fueron cedidos mediante el contrato de *factoring*, nos referiremos ahora al procedimiento para su ejercicio. Es el artículo 239 TRLCon el que regula el derecho de separación en el concurso<sup>1060</sup>, teniendo como antecedente al artículo 80 LCon<sup>1061</sup>, no existiendo variaciones sustanciales en su contenido: únicamente debemos destacar que se ha añadido un párrafo tercero, de contenido procesal, pero deriva de una reubicación del artículo 197.4 LCon *in fine*, el cual desde la reforma de la LCon por la Ley 38/2011, de 10 de octubre<sup>1062</sup>, determinaba que las

---

<sup>1059</sup> Sobre el tema RECALDE CASTELLS, A., «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., pp. 4344 y 4345. También ARIAS VARONA, F.J., «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», cit., p. 272.

<sup>1060</sup> En el Derecho italiano, el equivalente a la separación concursal es la *domanda di restituzione e revindicazione*, de la cual trata el artículo 103 *L.fall* (art. 210 *CCII*). Explican NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 267, que dicha reclamación se encuentra dentro del *accertamento del passivo*, un procedimiento por el que se procede a una verificación que responde a varios fines, entre los cuales se encuentra «*individuare il patrimonio effettivamente liquidabile (depurandolo dei beni oggetto di pretese di terzi)*». Tal y como determinan los autores destacados, el objeto de la *domanda di restituzione o rivendicazione* es «*l'affermazione dell'estraneità di tali beni al patrimonio assoggettabile all'esecuzione concorsuale*» (p. 279). Con respecto a la legitimación de la presentación de la referida *domanda* destacan PAJARDI, P. y PALUCHOWSKI, A., *Manuale di diritto fallimentare*, 7ª edición, Milán 2008, p. 531, que están legitimados todos aquellos «*che abbiano, a fondamento di tale pretesa, la documentazione idonea e la titolarità del diritto che li legittima*». Sobre este artículo 103 *L.Fall*. antes de su reforma en 2006 por el *Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Gazzetta Ufficiale núm. 12, del 16 gennaio 2006)*, vid. PELLEGRINO G., *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992, pp. 321 a 359, así como ARIAS VARONA, *El Derecho de Separación en la Quiebra*, Elcano (Navarra), 2001, pp. 84 a 108.

<sup>1061</sup> El precedente del artículo 80 LCon son los artículos 908 y 909 CCom, ambos derogados por la LCon, a los que hemos hecho referencia en este trabajo (vid. apartado 2 del capítulo séptimo). Sobre este Derecho anterior se destaca el estudio de ARIAS VARONA, *El Derecho de Separación en la Quiebra*, cit., pp. 129 y ss. También el análisis de GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, cit., pp. 470 y ss.

<sup>1062</sup> Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

sentencias dictadas en los incidentes de separación «*serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá carácter preferente*»<sup>1063</sup>.

Si bien el artículo 239 TRLCon no ha alterado el contenido del sustituido artículo 80 LCon, sí que debemos resaltar – sobre todo porque el objeto de separación de la sociedad de *factoring* consiste en derechos de crédito – que el título del nuevo precepto se refiere a la «*separación de bienes y derechos*». Ello no es baladí: el título del artículo 80 LCon era «*Separación*» y el contenido del precepto sólo nombraba a los bienes, lo que provocaba críticas en la doctrina, la cual consideraba de manera pacífica que los derechos también eran separables, no obstante la literalidad del antiguo precepto<sup>1064</sup>. Así, fundamentaban dicha afirmación en la mención del primer inciso del artículo 81 LCon a «*los bienes y derechos susceptibles de separación*», empleando una interpretación sistemática del conjunto de la norma, pues dicho precepto regulaba la imposibilidad de separación – contenida ahora en el artículo 240 TRLCon –. Sin embargo, a pesar de que el título del nuevo artículo 239 TRLCon alude a los «*derechos*», su contenido vuelve a referirse únicamente a los «*bienes*». Teniendo en cuenta que el artículo 239 del Proyecto de TRLCon no mencionaba a los derechos en su título – de hecho mantenía el mismo que el antiguo artículo 80 LCon – y que el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon sugería al prelegislador «*incluir en el apartado primero del artículo 239 como objeto de separación no solo los bienes de propiedad ajena, sino también los derechos, en correlación con lo que se dispone en el*

---

<sup>1063</sup> Esta cuestión es destacada por ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, p. 1242, añadiendo que con esta previsión, ubicada actualmente en el artículo 239.3 TRLCon, se pretende: «*que este tipo de reclamaciones, especialmente sensibles desde el punto de vista sustantivo, y temporal, no se vean afectadas por el restrictivo sistema en materia de recursos que caracteriza el procedimiento concursal español*».

<sup>1064</sup> SASTRE PAPIOL, S., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Derecho concursal práctico* (coord. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros), Madrid, 2004, p. 430; RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1449; ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcover Garau), Vol. 1, Madrid, 2004, p. 828; FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., pp. 207 y ss.; PAÑEDA USUNÁRIZ, F., «El informe de la administración concursal (I): cuestiones generales; plazo; prórroga; problemas de la masa activa», AA.VV., *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (dir. Fernando Martínez Sanz), Madrid, 2012, p. 530. Este sector doctrinal se refiere, además y específicamente, a la posibilidad de separar de la masa los derechos de crédito.

art. 81.1 LCon, y en el artículo 240.1 del texto proyectado»<sup>1065</sup>, parece que esta sugerencia se llevó a cabo insertando en el título del actual artículo 239 TRLCon la mención «derechos» junto con «bienes», pero sin alterar el tenor literal que tenía el precepto en el texto del Proyecto de TRLCon, no cumpliéndose por tanto la proposición que hacía el CGPJ, lo cual, bajo nuestro juicio, no resulta del todo acertado<sup>1066</sup>.

Bien, expuesto lo anterior, en el caso de que los créditos cedidos al factor a través del contrato de *factoring* hayan sido indebidamente incluidos en la masa activa del concurso del cliente-cedente, la sociedad de *factoring* puede dirigirse a la administración concursal reclamando su separación. Y decimos «puede», como facultad, porque no obstante pueda interpretarse que el artículo 239.2 TRLCon<sup>1067</sup> permite la demanda incidental únicamente frente a la negativa de la administración concursal a la separación del bien o del derecho<sup>1068</sup>, estamos de acuerdo con la doctrina que considera que la reclamación a la administración concursal no es un requisito de

---

<sup>1065</sup> Vid. p. 93, apartado 286 del Informe del CGPJ sobre el Proyecto de TRLCon, que con precedencia a lo expuesto determina: «La regulación de la separación no introduce variaciones a lo dispuesto en el art. 80 LC, y con ello incide en los defectos que, con relación a ella, han sido puestos de relieve por la doctrina».

<sup>1066</sup> Manifiesta también esta opinión VIERA GONZÁLEZ, J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», AA.VV., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. Juan Ignacio Peinado García y Enrique Sanjuán y Muñoz), Vol. II, Madrid, 2020, p. 339: «El derecho de separación previsto en el art. 239 TRLCon puede recaer sobre cualquier elemento patrimonial susceptible de apropiación para la masa activa, ya sean bienes o derechos. No obstante, hemos de resaltar que, si bien el título del precepto hace referencia ahora a bienes y derechos, a diferencia del antiguo art. 80 LCon que solo mencionaba a los bienes, habría sido más acertado que el contenido del artículo también se refiriese a los derechos, por cuanto, al igual que su precedente legal, sigue manteniendo la sola referencia al ambiguo término “bienes”».

<sup>1067</sup> Artículo 239.2 TRLCon: «La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal».

<sup>1068</sup> Sobre este punto, FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., p. 341: «lo cierto es que el íter procedimental parte de esta esa previa reclamación ante la administración concursal, cuya decisión desestimatoria abrirá las puertas al planteamiento del incidente concursal conforme a la previsión expresa del artículo 80 de la Ley Concursal. Y se plantea aquí la duda respecto a si esa reclamación previa ante la administración concursal ha de operar como verdadero y necesario requisito de procedibilidad de la posterior acción de separación a través del incidente concursal. Esto es, si le resulta vedada al interesado en la separación la posibilidad de plantear la acción judicial sin antes haber agotado (o al menos intentado) la tramitación “extrajudicial” de la misma reclamando la entrega a la administración concursal. La estricta apreciación de la dicción literal del artículo 80 de la Ley Concursal parece abocar a esa solución...».

procedibilidad<sup>1069</sup>. Así, la sociedad de *factoring* podrá interponer directamente el incidente de separación, cumpliendo éste esa función de requerimiento<sup>1070</sup>. No obstante, desde el punto de vista práctico, lo conveniente será que el factor solicite la separación de los créditos de los que sea titular a la administración concursal, pues de este modo puede ver satisfecha su pretensión evitando la judicialización del asunto, con todo lo que ello podría conllevar (por ejemplo, la intervención en el incidente concursal de cualquier persona comparecida en el concurso – art. 534.2 TRLCon –)<sup>1071</sup>.

Debido a que el objeto de la acción de separación en este caso consiste en derechos de crédito, el contenido de la misma será la declaración de titularidad ajena de aquéllos, con el propósito de que se separen o reduzcan de la masa<sup>1072</sup>. En este caso no existirá

---

<sup>1069</sup> Así, RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1463: «*Ninguna norma exige como requisito de procedibilidad que se haya planteado una reclamación ante la administración concursal*». Contra esta tesis se manifiesta CORDÓN MORENO, F., «Artículo 80. Separación», cit., p. 922, que determina el requerimiento a la administración concursal y la negativa a éste como requisito necesario para la interposición del incidente concursal. También en contra, VIERA GONZÁLEZ, J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., p. 342; así como PAÑEDA USUNÁRIZ, F., «El informe de la administración concursal (I): cuestiones generales; plazo; prórroga; problemas de la masa activa», cit., p. 528.

Es destacable que si bien en un primer momento ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 1ª edición, Madrid, 2016, p. 1071, consideraba la solicitud a la administración concursal como necesaria, en un momento posterior manifiesta que «*no puede afirmarse con seguridad que la reclamación previa a la administración concursal sea indispensable y actúe como un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción a través de la correspondiente demanda incidental*» (ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., pp. 1241 y 1242).

<sup>1070</sup> Compartimos el razonamiento realizado en la SJMerc núm. 2 de Bilbao, de 8 de marzo de 2010 (JUR 2010\261765): «*La Ley pretende una previa intimación que ahorre o evite el planteamiento del incidente; pero si aquella no tiene lugar, la propia demanda cumple la misma función de requerimiento, ante la cual la administración concursal se puede allanar si lo estimara conveniente. No ocurre así, y la discusión se resuelve por medio de la presente resolución contradictoria*». Destacando esta sentencia, FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., p. 344.

<sup>1071</sup> FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., p. 345; ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., p. 1242.

<sup>1072</sup> Tal y como determina ARIAS VARONA, *El Derecho de Separación en la Quiebra*, cit., pp. 149 y 150, «*el contenido de la reclamación no tiene por qué ser la entrega del bien, sino que puede consistir en el reconocimiento sin más del derecho ajeno y la correspondiente retirada de los derechos pretendidos por la masa (...) De cualquier forma, debe tenerse en cuenta que el contenido concreto del derecho de separación puede verse profundamente afectado por razón del objeto reclamado*», explicando que cuando la reclamación versa sobre derechos de crédito «*el contenido esencial del derecho de separación es la declaración de la titularidad ajena, que es lo que se discute*». Vid. también RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1449: «*Adquiere un interés especial la posibilidad de separar aquellos derechos de crédito que el deudor hubiera cedido a un tercero. Con la separación, el cesionario alega que él es el titular del crédito y, por lo tanto, que este derecho ya no se deberá incluir en la masa activa del concurso del cedente*».



una «entrega» en sí misma considerada (art. 239.1 TRLCon)<sup>1073</sup>. La sociedad de *factoring* deberá identificar los derechos de créditos a separar<sup>1074</sup> y demostrar que son ajenos al patrimonio del concursado. Así, el factor se basará en el propio contrato de *factoring*, que en la práctica se eleva a escritura pública, tanto para la identificación de los derechos de crédito sobre los cuales ejercita la acción<sup>1075</sup> como para probar que le fueron cedidos con anterioridad a la declaración de concurso de su cliente-cedente. Ello con respecto al *factoring* como cesión global anticipada, que, reiteramos, es la opción utilizada actualmente: en la modalidad de *factoring* como contrato preparatorio de cesiones posteriores el factor identificará los créditos objeto de separación presentando, además del contrato, la oferta realizada por el cliente-cedente, y demostrará su titularidad acreditando la fecha de aceptación de cada crédito, puesto que aquí el contrato de *factoring* no es un «contrato de cesión».

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de separación, la Ley no lo prevé, por lo que podrá ejercitarse por el factor en cualquier momento. Tal y como establece algún autor<sup>1076</sup>, el único límite se encuentra en la prescripción del derecho en el que la separación se fundamente, con arreglo a su régimen propio. No obstante, se ha

---

<sup>1073</sup> Con relación a esta «entrega» vid. RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1448, el cual apunta que la separación está prevista de forma típica para los bienes muebles, no obstante puedan separarse otros bienes y derechos de la masa activa. De igual forma se destaca por el citado autor en «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», cit., p. 4334: «El régimen de la separación utiliza como modelo el Derecho de los bienes muebles y este tipo de bienes es el que constituye el objeto típico de la separación en la concepción de la institución que tiene el legislador».

<sup>1074</sup> Se ha destacado por la doctrina y jurisprudencia que el derecho de separación exige la más perfecta identificación del bien a separar, aunque el legislador no lo haya formulado de manera expresa – vid. ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., p. 1238, el cual destaca la SAP Madrid de 12 de marzo de 2010, recurso núm. 22/2010, (AC 2010\1317): «para que pueda prosperar la pretensión de separación de determinado bien o derecho de la masa activa, es preciso que concurra el requisito de la determinación e identidad de los bienes o derechos que se pretendan separar». Vid. también la SJMerc núm. 1 de Málaga, de 4 de octubre de 2007, (AC 2008\63): «El cumplimiento del derecho de separación exige que se cumplan determinados requisitos como son: (...) la determinación e identidad como exigencia propia de la naturaleza de dicha pretensión...».

<sup>1075</sup> Tal y como expusimos en el apartado 2.2.1 del capítulo tercero de este trabajo, en el contrato de *factoring* los caracteres definitorios de los créditos aparecen adecuadamente determinados en sus condiciones.

<sup>1076</sup> RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1466; FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., p. 362.

planteado por la doctrina<sup>1077</sup> la relación entre la acción de separación y el trámite de impugnación de inventario (art. 297 TRLCon) sobre todo por la dicción literal del artículo 299 TRLCon<sup>1078</sup> y teniendo en cuenta que la estimación de la acción de separación conlleva la modificación de aquél<sup>1079</sup>. Es decir, dado que el factor, legitimado para instar la separación, lo está también para oponerse a la inclusión del derecho de crédito del que es titular en el inventario de la masa activa – pues el artículo 297 TRLCon reconoce la legitimación en amplios términos (en concreto, a las partes personadas en el concurso y a los demás legitimados interesados) – no se discute si la sociedad de *factoring* puede impugnar el inventario, sino si está obligado a hacerlo para separar los créditos de los que es titular si se hubiesen incluido en él inicialmente<sup>1080</sup>. Con respecto al tema, la STS de 9 de octubre de 2018<sup>1081</sup>, siguiendo la doctrina imperante<sup>1082</sup>, ha determinado que el inventario cumple una función predominantemente informativa, no constituyendo la inclusión de un bien o derecho en el mismo una declaración judicial acerca de su titularidad, afirmando que es *«compatible la inclusión de estos bienes y derechos dentro del inventario con el posible litigio sobre tales derechos»*. Así, atendiendo a la naturaleza informativa del inventario, se confirma que

---

<sup>1077</sup> Destacando esta cuestión, VIERA GONZÁLEZ, J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., p. 342. Estudia el tema RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1466; CORDÓN MORENO, F., «Artículo 80. Separación», cit., pp. 923 y 924; ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., pp. 1242 y 1243; FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, cit., pp. 362 a 368.

<sup>1078</sup> Artículo 299 TRLCon: *«Quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores acompañados al informe de la administración concursal no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque podrán recurrir en apelación las modificaciones introducidas por el juez al resolver las impugnaciones de otros legitimados»*.

<sup>1079</sup> Que la estimación de la acción de separación, así como de la acción de reintegración, tiene como efecto lógico la modificación del inventario es destacado por RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 82. Formación del inventario», cit., p. 1481, así como por DÍAZ MORENO, A., «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», cit., p. 401.

<sup>1080</sup> Así se expone por RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1466.

<sup>1081</sup> STS de 9 de octubre de 2018, recurso núm. 2696/2015, (RJ 2018\4282).

<sup>1082</sup> DÍAZ MORENO, A., «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», cit., p. 398; ARIAS VARONA, F.J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», cit., p. 1242; RECALDE CASTELLS, A., en «Artículo 80. Separación», cit., p. 1466, en «Artículo 82. Formación del inventario», cit., pp. 1478 y 1479; y en «El informe de la administración concursal (I): Estructura del informe y determinación de la masa activa», cit., p. 391.

el derecho de separación no condiciona su ejercicio a la previa impugnación de aquél, siendo por tanto una facultad autónoma, a ventilar por el cauce del incidente concursal y sin sujeción a plazo alguno<sup>1083</sup>.

---

<sup>1083</sup> Que la exigencia de impugnación del inventario se opondría a la función meramente informativa que cumple este documento es destacado por RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 80. Separación», cit., p. 1466. Con respecto a lo expuesto, *vid.* la SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 6 de julio de 2006, (AC 2006\1827). Se destaca asimismo la SJMerc núm. 2 de Bilbao, de 8 de marzo de 2010, (JUR 2010\261765), la cual determina que no puede admitirse que la falta de impugnación del inventario vede el ejercicio del derecho de separación, destacando que, por un lado *«el artículo 80 transcrito – art. 239 TRLCon –, como norma especial que regula el derecho de separación, no condiciona su ejercicio a la previa impugnación, y por otro, atendiendo a la especial naturaleza del inventario»*. También DÍAZ MORENO, A., «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», cit., p. 409, determina, en relación con el inventario, que *«su no impugnación en tiempo no impide ejercitar al titular de los bienes incluidos en él las correspondientes acciones de separación»*.

Con respecto a la no sujeción de la acción de separación a plazo, PAÑEDA USUNÁRIZ, F., «El informe de la administración concursal (I): cuestiones generales; plazo; prórroga; problemas de la masa activa», cit., p. 529, no obstante afirmar dicha cuestión, determina que *«en caso de apertura de liquidación y, aprobado el plan sin su oposición, difícilmente podrá oponerse a la realización del bien alegando el ejercicio del derecho de separación, pudiendo en estas ocasiones apreciar un uso extemporáneo del derecho, por una actuación negligente de su ejercicio»*. A favor de dicho autor se pronuncia el profesor MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y derecho de separación. Cesión de créditos», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, pp. 1242 y 1243: *«no se ha previsto un plazo para promover el incidente de separación, aunque difícilmente podrá tener éxito cuando ya se ha producido la apertura de la liquidación con un plan aprobado sin oposición del titular»*.



## CONCLUSIONES

**I.** El *factoring* es un contrato mercantil, importado de Estados Unidos, por el que un empresario cede sus créditos comerciales al factor o sociedad de *factoring* (entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito), al objeto de que ésta, a cambio de una remuneración, realice determinadas prestaciones con respecto a los mismos, como son los servicios de gestión o administración, de financiación y de garantía, además de otros complementarios.

En cuanto al servicio de gestión o administración, consiste en la realización, por parte de la sociedad de *factoring*, de las gestiones de cobro y de la contabilización de los créditos cedidos.

Con respecto al servicio de financiación, el factor concede al empresario anticipos del importe de los créditos cedidos, otorgándole por tanto liquidez.

Mediante el servicio de garantía, el factor asume el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos que les han sido cedidos, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el contrato.

Los servicios complementarios que pueden prestarse mediante la operativa de *factoring* consisten en prestaciones de gestión comercial, como estudios de mercado, información comercial, así como la investigación y selección de clientela. No obstante, no suelen establecerse en los contratos de *factoring* de nuestro país, ni tampoco en los de otros países europeos, siendo habituales en los contratos de *factoring* de Estados Unidos, los cuales son más especializados.

**II.** La combinación de los servicios de *factoring* presentes en nuestro país dan lugar a distintas modalidades de contrato, distinguiéndose entre *factoring* sin regreso o propio, *factoring* con regreso o impropio y *factoring* en comisión de cobranza.

El *factoring* sin regreso o propio es la modalidad más completa, pues el factor presta los servicios de gestión o administración, de financiación y de garantía. En el

*factoring* con regreso o impropio el factor presta el servicio de gestión o administración y el servicio de financiación. En el *factoring* en comisión de cobranza el factor realiza únicamente el servicio de administración o gestión de los créditos cedidos.

Con todo, debido a la nota de flexibilidad que caracteriza el contrato de *factoring*, no es infrecuente en la práctica que se establezcan en el mismo contrato varias modalidades, siendo los ejemplos más frecuentes que el *factoring* siga la modalidad «sin regreso» hasta que el importe de los créditos alcance una cantidad determinada, entendiéndose «con regreso» a partir de ese momento; así como la combinación de las modalidades «sin regreso» o «con regreso» con el «*factoring* en comisión de cobranza» para los créditos que no cumplan los presupuestos establecidos en el contrato. En cuanto a esta modalidad de «*factoring* en comisión de cobranza» cabe destacar que, a diferencia de las demás, no suele establecerse de forma independiente.

**III.** El negocio jurídico de *factoring* es atípico: sus efectos vienen determinados por lo pactado entre las partes. En la práctica existe una estandarización del contenido contractual de las distintas modalidades de *factoring*, siendo los clausulados generales bastante exhaustivos.

La atipicidad del contrato de *factoring* no denota carencia absoluta de normas sobre el mismo, pues existen en nuestro ordenamiento normas referidas a la figura, si bien orientadas hacia cuestiones administrativas o particulares. En cuanto a normas que regulan aspectos particulares, destacamos la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, que en su disposición adicional tercera normaliza determinadas cuestiones decisivas de la cesiones de créditos empresariales a las que se refiere, siguiendo el modelo italiano de la *Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa*. El régimen que establece la referida disposición es de aplicación al *factoring* sin regreso y con regreso, estando excluido el *factoring* en comisión de cobranza (apartado 1.5º). No obstante la derogación de la Ley 1/1999, de 5 de enero, por la disposición derogatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, ésta declaró la vigencia de la aludida disposición adicional tercera, encontrándose en la actualidad aún en vigor (art. 578.2.4º TRLCon).

## Conclusiones

IV. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil incluye en su articulado la regulación del contrato de *factoring*, delimitando su noción, y limitando, por tanto, las funciones que puede prestar el factor (art. 577-10). Nos mostramos contrarios a dicho planteamiento, pues supone atribuir rigidez a dicho negocio jurídico, dificultando su adaptación a los intereses y a las necesidades de la práctica. Encontrándose el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en fase de tramitación, nos manifestamos a favor de la atipicidad de la que goza el contrato de *factoring* en la actualidad.

V. El mecanismo esencial para el funcionamiento del contrato de *factoring* es la cesión de créditos, la cual presenta un carácter instrumental, proporcionando la estructura jurídica necesaria para la transmisión de los créditos objeto del contrato. Dicha cesión es el medio que posibilita la prestación de los servicios por parte del factor.

En el contrato de *factoring* existen dos fórmulas diversas de insertar la cesión de crédito, dando lugar al *factoring* como contrato preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores y al *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros. En cuanto al primero de ellos, solo produce efectos obligatorios entre las partes: el empresario, cliente de *factoring*, se obliga a ceder los créditos objeto del contrato al factor, a medida que vayan surgiendo, y el factor se obliga a aceptarlos, si cumplen los requisitos y las formalidades convenidas. Así, la operación de *factoring* se disgrega en una pluralidad de cesiones individuales, produciendo cada cesión el efecto traslativo del crédito que atañe. Sin embargo, con el *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, la cesión de los créditos afectados por la operación se produce con la conclusión del contrato de *factoring*. Como la cesión es anticipada, los créditos nacen directamente en el patrimonio del factor, sin necesidad de ningún trámite complementario, por lo que la eficacia traslativa de cada crédito se produce en el momento de su nacimiento.

VI. La configuración del *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros es la imperante en la práctica actual, debido a que con esta fórmula la posición de la sociedad de *factoring* con respecto a la adquisición de los créditos objeto del contrato resulta reforzada y se reduce la operación a un solo acto de cesión.

El predominio del *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros se produjo con la entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 5 de enero, pues el apartado 1.3º de su disposición adicional tercera reconoció esta configuración, que si bien era viable en nuestro Derecho con anterioridad a la referida Ley por aplicación de los artículos 1271 y 1532 CC – con respecto a este último precepto, mediante una interpretación flexible –, ello resultaba insuficiente para persuadir a las sociedades de *factoring* a utilizarla.

**VII.** En cuanto a las obligaciones de las partes del contrato, refiriéndonos en primer lugar a las del cliente de *factoring*, la primera que debe realizar, en fase precontractual – por tanto nos referimos al empresario solicitante o futuro cliente –, es la aportación de toda la información de carácter empresarial, comercial y contable al factor, con el objeto de que éste fije el alcance del contrato, determinando las prestaciones de servicios que asume y sus límites.

**VIII.** En fase contractual, el ya cliente de *factoring* se obliga a ceder los créditos objeto del contrato al factor, cesión que, en la configuración de *factoring* utilizada en la práctica actual, será única, global y anticipada y se producirá con la conclusión del propio contrato.

Como otra obligación del cliente de *factoring*, éste responde de la existencia y legitimidad de los créditos cedidos, responsabilidad que conlleva la anulación de la cesión del crédito afectado por la falta de alguno o de los dos aspectos.

El cliente también se obliga a asumir el impago de los créditos por parte del deudor cedido, siendo su responsabilidad total en caso de que dicha circunstancia se produzca en el *factoring* con regreso o impropio y limitada en el caso de *factoring* sin regreso o propio, pues en esta última modalidad la sociedad de *factoring* asume los impagos del deudor cedido por causa de su insolvencia, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato en este sentido. El contenido de la obligación del cliente de *factoring* de asunción del impago del deudor cedido – toda clase de impago en el *factoring* con regreso/impago por motivos distintos a la insolvencia en el *factoring* sin regreso – consiste en la restitución del importe nominal del crédito anticipado.



## Conclusiones

El cliente de *factoring* también está obligado a notificar la cesión de los créditos objeto del contrato a los distintos deudores, no siendo esta comunicación un elemento constitutivo de la cesión, pues funciona únicamente como medio de vinculación del deudor cedido con el cesionario (nuevo acreedor) – arts. 347 CCom y 1527 CC –. Es habitual en el contrato de *factoring* que se produzcan dos notificaciones del cliente a los deudores cedidos: la primera, referida a la existencia del contrato de *factoring*, en la que se expresa que el nuevo acreedor es el factor y se realiza mediante un escrito firmado por el cedente; y la segunda, que se efectúa cuando el crédito nace, mediante la inserción de una cláusula en la factura que genera el cliente de *factoring* al deudor, cuya finalidad viene referida a recordar que dicho crédito fue cedido al factor. Consideremos que es la primera de estas notificaciones la que vincula al deudor con el cesionario (factor), produciéndose con ella los efectos establecidos en el artículo 347 CCom.

Debido a que el contrato de *factoring* es oneroso, el cliente de *factoring* debe satisfacer un precio a cambio de los servicios que presta el factor. En primer lugar, debe sufragar la comisión de *factoring*, que es un porcentaje sobre el importe nominal de los créditos cedidos y remunera los servicios de gestión o administración y, en su caso, la asunción por parte del factor del riesgo de insolvencia de los deudores cedidos. En segundo lugar, el cliente de *factoring* debe pagar los intereses estipulados por los anticipos que reciba. El cobro de estos conceptos se realiza mediante detracción en la cuantía que se anticipa. En los supuestos en los que no exista anticipo (*factoring* en comisión de cobranza), la comisión de *factoring* se liquidará cuando el factor cobre el crédito del deudor cedido, trayéndola de su importe antes de transmitírselo al cliente-cedente.

El cliente de *factoring* debe también abonar el saldo que pueda resultar a favor del factor como consecuencia de la liquidación de la cuenta corriente mercantil que usualmente se establece en el contrato. Esta cuenta afecta a determinados créditos derivados de la relación de *factoring*, entre los cuales no están incluidos los anticipos, pues se proporcionan por el factor tras petición del cliente.

Además de las obligaciones expuestas, el contrato de *factoring* establece otros deberes a cargo del cliente de *factoring*, como son los relativos a informar al factor

sobre aspectos que afecten a su relación comercial con los deudores, la prohibición de pactar con estos últimos variaciones con respecto a los créditos cedidos y la prestación de asistencia al factor en caso de que ejerza sus derechos mediante litigio.

**IX.** En cuanto a las obligaciones de la sociedad de *factoring* o factor, éstas coinciden con los servicios que presta. Mediante el servicio de gestión o administración se obliga a la contabilización, cobro y gestión de los créditos; con el servicio de financiación, a anticipar el importe de los créditos cedidos, lo cual puede ejecutarse bajo distintas configuraciones (tras solicitud del cliente, de forma automática a la recepción de las facturas que correspondan a los créditos cedidos, o mediante un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria coligado al contrato de *factoring*); con el servicio de garantía, presente en el *factoring* sin regreso, el factor se obliga a asumir el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos, dentro de las condiciones que se establezcan en el contrato.

Las obligaciones de realizar anticipos y de asunción del riesgo de insolvencia de los deudores cedidos no se dan de forma absoluta. En cuanto a los anticipos, normalmente se establecen límites individuales a cada uno de los deudores cedidos y un límite global del contrato, los cuales pueden ser rotativos o fijos. Es más, se puede establecer dobles límites, rotativo y fijo, tanto para cada deudor individual como para el contrato en su globalidad. Por encima de esos límites el factor no estará obligado a anticipar. Con respecto a la asunción del riesgo de insolvencia, también pueden existir límites máximos, por encima de los cuales el factor no asumirá la insolvencia de los deudores cedidos.

**X.** Determinar la naturaleza jurídica del contrato de *factoring* resulta relevante, a efectos de dilucidar su aptitud para producir cesiones de créditos plenas.

No obstante, debido a la existencia de distintas modalidades de *factoring* y a los diversos efectos jurídicos que comporta cada una de ellas, no cabe determinar la naturaleza jurídica del contrato de *factoring* en general: debemos precisar la naturaleza jurídica de cada concreta modalidad. La naturaleza jurídica de cada una de ellas habrá de resolverse examinando su fundamento causal, lo cual se realiza mediante la averiguación de la función o finalidad que cumple la cesión de créditos en cada caso.

## Conclusiones

Dado que la cesión de créditos en nuestro Derecho no tiene carácter abstracto, para la plena transmisión de aquéllos se requiere una causa idónea y suficiente.

La pluralidad causal explica la flexibilidad y polivalencia del contrato de *factoring*, pues mediante éste se obtiene una variedad de servicios en atención a los distintos créditos cedidos.

**XI.** Con respecto al *factoring* con regreso y sin financiación (denominado «*factoring* en comisión de cobranza», el cual no suele establecerse de forma independiente) solo se presta por parte del factor el servicio de gestión o administración de los créditos, por lo que la función que cumple la cesión es habilitar al factor para el cobro del crédito en nombre propio, pudiendo reconducirse esta modalidad al esquema de la comisión mercantil (art. 244 CCom). Debido a que en este caso la finalidad de la cesión del crédito es la mera autorización para el cobro, no se produce la transmisión plena de la titularidad del crédito al factor.

**XII.** En el caso del *factoring* sin regreso, en el que el factor presta los servicios de gestión o administración, de financiación y de garantía, su naturaleza jurídica ha sido discutida, existiendo un sector doctrinal que lo considera compraventa y otro sector que lo considera préstamo con transmisión del crédito *pro soluto*, interpretaciones que no compartimos. No estimamos acertada la tesis de la compraventa, pues no puede entenderse que la causa de la cesión de créditos sea el intercambio de cosa por precio (en este caso, créditos por dinero). Tampoco nos mostramos a favor de la tesis del préstamo, pues considera la financiación como única causa de la cesión de créditos, sin tener en cuenta la pluralidad de servicios presentes en esta modalidad. En realidad, sostenemos que el *factoring* sin regreso es un contrato «*sui generis*» debido a su idiosincrasia, en el que la cesión de créditos se realiza para la obtención de los servicios de gestión, de financiación y de garantía, existiendo por tanto causa idónea y suficiente para la transmisión plena de los créditos cedidos, dada la posición que ostenta el factor. Este carácter traslativo del *factoring* sin regreso ha sido confirmado por el Tribunal Supremo.

**XIII.** También ha sido discutida la naturaleza jurídica del *factoring* con regreso, modalidad en la que el factor presta los servicios de gestión o administración y de financiación. En este caso, nos encontramos con la tesis de la compraventa y con la tesis del préstamo, existiendo dentro de esta última dos vertientes en torno a la causa que justifica la cesión: la primera, que considera la cesión con eficacia solutoria *pro solvendo*; y la segunda, que entiende que la cesión responde a un fin de garantía.

No compartimos la concepción del *factoring* con regreso como compraventa, principalmente porque parte de que la causa de la cesión es el intercambio de créditos por dinero, tesis que no estimamos acertada. Refiriéndonos a la consideración de esta modalidad como un préstamo en el que la cesión se realiza «para pago» o *pro solvendo*, el obstáculo que encontramos es la atribución a la cesión de créditos de una función solutoria, pues la misma se realiza con anterioridad a la concesión del anticipo, en un momento en el que aún no ha nacido la obligación de restitución del cliente de *factoring*. Puede esgrimirse también, como argumento en contra de esta construcción, el hecho de que la cesión de créditos, considerada por sus defensores como solutoria, determine el importe de la financiación (obligación «originaria»). En cuanto a la construcción que considera el *factoring* con regreso como préstamo en el que la cesión tiene la finalidad de garantía, entendiendo que los créditos se ceden para garantizar al factor el cumplimiento de la obligación de restitución a cargo del cliente de *factoring*, también mostramos nuestra discrepancia, pues la configuración del contrato de *factoring* con regreso (el factor sólo puede exigir al cliente su obligación de restitución cuando haya sido impagado el crédito cedido) y los efectos que produce (efectos traslativos) resultan incompatibles con esta tesis. Además, estas teorías que consideran al *factoring* con regreso como préstamo se basan únicamente en el servicio de financiación.

Consideramos que la cesión de créditos en el caso del *factoring* con regreso se realiza para la obtención de los servicios de gestión y de financiación, concluyendo que su naturaleza jurídica es la de descuento bancario (concretamente, la línea de descuento, por el principio de globalidad existente en el *factoring*). Por tanto, la presente modalidad produce eficacia traslativa, cuestión esta última que ha sido refrendada por el Tribunal Supremo.

## Conclusiones

**XIV.** La combinación del contrato de *factoring* con un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria no afecta a la causa de la cesión de créditos, pues éste último cumple una función instrumental con respecto al primero. En este caso, el negocio celebrado es un contrato de *factoring*, en el que el servicio de financiación se presta mediante una línea de crédito abierta a favor del cliente. Dado que las modalidades en las que están presentes el servicio de financiación son el *factoring* sin regreso y el *factoring* con regreso, la causa de la cesión en este caso de contratos coligados será la obtención de los servicios presentes en el tipo de *factoring* establecido de entre los destacados: en el *factoring* sin regreso, de los servicios de gestión o administración, de financiación y de garantía; en el *factoring* con regreso, de los servicios de gestión o administración y de financiación. La cesión de créditos, por tanto, tendrá siempre en este supuesto efectos traslativos, pues ambas modalidades tienen aptitud para producir cesiones de créditos plenas, siendo las únicas que posibilitan la conexión referida, por incluir el servicio de financiación.

**XV.** La eficacia frente a terceros de las cesiones de crédito realizadas en virtud del contrato de *factoring* debe referirse únicamente a las modalidades que producen cesiones plenas (*factoring* sin regreso y *factoring* con regreso). El apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, establece un régimen especial de oponibilidad para las cesiones de créditos empresariales a las que se refiere, entre las que se encuadran las cesiones que se efectúan al amparo de las modalidades de *factoring* sin regreso y con regreso, determinando su eficacia frente a terceros desde la fecha cierta de celebración del contrato de cesión. Teniendo en cuenta que la configuración predominante en la práctica actual es el *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, desde la justificación de la certeza de la fecha del contrato de *factoring* – en la práctica se suele elevar el contrato a escritura pública – la cesión de los créditos efectuada bajo los tipos de *factoring* sin regreso y con regreso será oponible frente a los terceros interesados en el patrimonio del cliente-cedente y frente al concurso de éste. No será así en el supuesto de *factoring* preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores, pues no es éste un contrato de cesión, sino un contrato que comporta sólo una situación obligatoria entre las partes, la cual da lugar a

negocios de cesión individuales, debiendo ser valorada la eficacia frente a terceros respecto de cada uno de ellos.

**XVI.** El *factoring* es un contrato sinalagmático, esto es, un contrato con obligaciones recíprocas. Cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, con causa en el mismo negocio, nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, siempre que exista entre las prestaciones principales una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal. Si bien en nuestro antiguo Derecho de quiebra no existía ninguna norma que de forma general tratara de los efectos del concurso sobre los contratos sinalagmáticos, los artículos 61 a 63 LCon llenaron el vacío en esta cuestión tan importante. Estos preceptos corresponden a los artículos 156 a 165 TRLCon.

Aunque son partes del contrato de *factoring* tanto el factor como el cliente, tratar de los efectos sobre el contrato en el supuesto de declaración de concurso del factor no contemplaría la realidad práctica, en la que dicho evento resulta insólito (y en el hipotético caso de que surgiera, tendríamos que aplicar normativa especial, por su condición de entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito). Por ello, centramos nuestra atención en el supuesto del concurso del cliente de *factoring* (cedente). Así, si se produce dicho acontecimiento, al contrato se le aplicaría, en principio, el artículo 157 o el artículo 158 TRLCon, dependiendo de si en el momento de aquella declaración existen en dicho contrato obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por sólo una parte u obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, respectivamente. Cada uno de estos preceptos establece distintos efectos sobre el contrato, siendo la consecuencia común que el concurso no afectará a su vigencia (art. 156 TRLCon).

**XVII.** El artículo 157 TRLCon trata el supuesto de los contratos en los que al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente todas las obligaciones recíprocas a su cargo y la otra tuviese las suyas pendientes de cumplimiento. El precepto dispone que si quien hubiese cumplido sus obligaciones recíprocas antes de la declaración de concurso fuera el concursado, tendrá un crédito contra la parte *in bonis* que integrará la masa activa del concurso, pudiendo

## Conclusiones

exigirse su cumplimiento o, en su caso, la resolución del contrato en los términos del artículo 1124 CC. Si fuese la parte *in bonis* quien hubiese cumplido con sus obligaciones recíprocas con anterioridad a la declaración de concurso, su crédito se integrará en la masa pasiva, concurriendo con los demás acreedores. En este último supuesto sostenemos que la parte *in bonis*, en aras de la tutela colectiva, no puede instar la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124 CC), se entienda la misma como productora de efectos retroactivos reales o como productora de meros efectos obligacionales, teniendo, por tanto, que conformarse con que su crédito forme parte de la masa pasiva, con la calificación que proceda.

La consecuencia del artículo 157 TRLCCon – inclusión del crédito o deuda que corresponda al concursado en la masa activa o pasiva del concurso – se explica porque las partes en este caso ya no son recíprocamente deudoras y acreedoras, por lo que su relación no se protege de un modo especial en el concurso, recogiendo el precepto la regla general que se aplicaría a cualquier contrato que no fuese sinalagmático. No obstante, aunque en este supuesto del artículo 157 TRLCCon – contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una de las partes al momento de declaración de concurso – se recoja el régimen general, consideramos que la aplicación de este artículo debe limitarse a los contratos que el mismo refiere, esto es, a su supuesto de hecho, pues su extensión a los contratos no sinalagmáticos excedería de su ámbito: al acreedor de estos últimos le es de aplicación el artículo 251.1 TRLCCon, el cual establece que todos los créditos contra el deudor a la fecha de declaración de concurso quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, salvo que tengan la consideración de «crédito contra la masa».

**XVIII.** El artículo 158 TRLC se refiere a los contratos en los que al momento de declaración de concurso existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto por el concursado como por la otra parte. Dispone el precepto que ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquéllas a que esté obligado el concursado. Aunque parte de la doctrina determina que las obligaciones recíprocas pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes bien porque el contrato de las que trae causa sea de tracto único y todavía no ha sido

ejecutado por los contratantes, bien porque estemos ante un contrato de tracto sucesivo que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración del concurso, pero que también está previsto su cumplimiento para el futuro, consideramos con respecto a esto último que pueden existir contratos de tracto sucesivo en los que tras la declaración de concurso sólo existan obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes. Esto es, no porque al momento de declaración del concurso esté vigente un contrato de tracto sucesivo se le aplica automáticamente el artículo 158 TRLCon, pues habrá que dilucidar si tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, siendo éste el fundamento para la aplicación del citado precepto.

**XIX.** El artículo 158 TRLCon establece que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, justificándose esta solución porque la parte *in bonis* tiene que seguir cumpliendo sus prestaciones frente al concursado, por lo que resultaría inicuo exigirle un cumplimiento íntegro y que a cambio sus créditos se incluyesen en la masa pasiva. La automática declaración de vigencia de los contratos no cumplidos íntegramente por ninguna de las partes que determina el precepto reseñado se separa de las soluciones adoptadas por otros países europeos, donde existe un derecho de opción por parte del administrador concursal sobre el mantenimiento o resolución de este tipo de contratos.

Las prestaciones que debe realizar el concursado con cargo a la masa son las posteriores a la declaración del concurso, en los casos de contrato de tracto sucesivo. Esta clase de contratos se caracteriza por tener un especial funcionamiento de la sinalgmaticidad, que dota de independencia a las prestaciones, permitiendo la satisfacción de las partes a medida que se ejecutan. Esta independencia que ostentan las prestaciones justifica un tratamiento distinto entre las vencidas y no cumplidas por el concursado con anterioridad a la declaración del concurso y las posteriores a esta declaración: sólo estas últimas se satisfarán por el concursado con cargo a la masa, aplicándoseles a las primeras la solución del artículo 157 TRLCon, lo cual conlleva que queden integradas en la masa pasiva.

En el caso de contratos de tracto único con prestaciones fraccionadas y diferidas no podemos aplicar la solución anterior, pues dichas prestaciones corresponden a una



## Conclusiones

obligación única, no siendo susceptibles de un aprovechamiento independiente. Así, dado que las prestaciones fraccionadas en este tipo de contratos no tienen autonomía y su cumplimiento no satisface el interés de la contraparte, el concursado debe satisfacer el crédito íntegro de la parte *in bonis* con cargo a la masa.

**XX.** Si el contrato está pendiente de cumplimiento por ambos contratantes una vez declarado el concurso, pueden interponerse las excepciones de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) y la de contrato no cumplido regular u oportunamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

Con respecto a la excepción de riesgo de cumplimiento, a la cual se refiere los artículos 1129-1º y 1467 CC, consideramos que no procede su interposición en el seno del concurso, por existir incompatibilidad entre dicha excepción (régimen general) y el artículo 158 TRLCon (régimen especial). Este último precepto determina que la declaración del concurso no afecta a la vigencia del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y que ambas partes deben ejecutar las prestaciones comprometidas (esto es, en los mismos términos establecidos en el contrato), por lo que no cabe en una situación concursal que la parte *in bonis* considere vencido el plazo pactado a favor del concursado (art. 1129-1º CC), ni puede aquélla omitir el cumplimiento de su prestación (art. 1467 CC).

**XXI.** En cuanto a la relación de los artículos 157 y 158 TRLCon con el contrato de *factoring*, se advierte que en él existen tres relaciones obligatorias sinalagmáticas, dependiendo que concurran todas o algunas de ellas de la modalidad de *factoring* utilizada (*factoring* sin regreso, *factoring* con regreso o *factoring* en comisión de cobranza).

Con respecto a estas relaciones obligatorias sinalagmáticas existentes en el contrato de *factoring*, partimos de las obligaciones a cargo del factor para determinar las obligaciones del cliente de *factoring* interdependientes de aquéllas. Así, la obligación del factor de contabilización, cobro y gestión de los créditos cedidos es recíproca a la obligación del cliente de pago de la comisión de *factoring* – pues ésta remunera este servicio de gestión o administración –; la obligación del factor de anticipar el importe de

los créditos es recíproca a la obligación del cliente de asunción del impago del deudor cedido (limitada en el caso de *factoring* sin regreso, en el cual el factor asume el impago del deudor cedido por causa de insolvencia) – pues aunque el cliente deba sufragar intereses por los anticipos que reciba, consideramos que, al realizar este servicio de financiación, la sociedad de *factoring* busca afianzar su posición, no queriendo que resulte mermada si el crédito cedido resulta impagado –; y la obligación del factor de asunción del riesgo de insolvencia del deudor cedido es recíproca a la obligación del cliente de pago de la comisión de *factoring* – pues dicha comisión remunera tanto el servicio de gestión o administración de los créditos cedidos como este servicio de garantía, siendo su importe más elevado cuando se presta éste último (caso del *factoring* sin regreso) –.

Debido al marcado carácter instrumental que presenta la cesión de créditos en el contrato de *factoring*, siendo el medio que posibilita la prestación de servicios por parte del factor, no podemos considerarla como una obligación del cliente que simplemente nace con el contrato. Así, dado que dicha cesión funciona como elemento vertebrador del negocio de *factoring*, consideramos que la obligación de ceder los créditos del cliente no crea ninguna relación sinalagmática con otra obligación a cargo del factor, pues su función es servir de cauce para el desarrollo de la entera actividad de *factoring*.

**XXII.** La existencia de una pluralidad de obligaciones recíprocas en el contrato de *factoring* dificulta la tarea de precisar cuáles están pendientes de cumplimiento al declararse el concurso del cliente de *factoring*. A ello hay que añadir que el contrato de *factoring* es de tracto sucesivo, pudiendo por tanto encontrarse en distintas fases dependiendo del momento en que se produzca la declaración del concurso: así se distingue, en los casos de *factoring* sin regreso y con regreso, entre los supuestos en el que el factor haya o no realizado todos los anticipos posibles, según se hayan agotado o no los límites establecidos en el contrato.

**XXIII.** Si cuando se declara el concurso del cliente de *factoring* el factor ha realizado todos los anticipos posibles – evento que puede acontecer en los casos de *factoring* sin regreso y *factoring* con regreso, pues en ambos se presta el servicio de financiación – estando pendientes de vencimiento los créditos anticipados, estaría

## Conclusiones

pendiente de cumplimiento la obligación del cliente de asunción del impago del deudor cedido, la cual surgiría en el *factoring* sin regreso en el caso de que se produjese dicho impago por causa ajena a la insolvencia. Esta obligación del cliente es una obligación con condición suspensiva (arts. 1113 y 1114 CC), pues su cumplimiento depende de un hecho futuro e incierto – no obstante, las relaciones obligatorias condicionales existen desde el momento de celebración del negocio constitutivo –. Dado que se han anticipado todos los créditos posibles, el cliente habrá cumplido completamente con su obligación de pagar la comisión de *factoring*, ya que ésta se satisface mediante detracción en la cuantía que se anticipa. Por parte del factor, estaría pendiente la obligación de contabilización, cobro y gestión de los créditos anticipados, pues al estar éstos pendientes de vencimiento el servicio de gestión con respecto a ellos no se habría cumplido todavía. En el caso de *factoring* sin regreso estaría, además, pendiente la obligación del factor de asunción del riesgo de insolvencia, también con respecto a los créditos anticipados aún no vencidos.

No resulta de aplicación a este supuesto el artículo 157 TRLCon, pues su supuesto de hecho se refiere al caso en que, al momento de declararse el concurso, una de las partes hubiese cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo y en este supuesto, tanto en la modalidad de *factoring* sin regreso como de *factoring* con regreso, no se produce dicha circunstancia, pues cada parte tiene al menos una obligación recíproca pendiente de cumplimiento. Tampoco es aplicable el artículo 158 TRLCon, ya que requiere que existan en el contrato obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al momento de declararse el concurso, y si bien en este supuesto existen obligaciones pendientes tanto por el factor como por el cliente de *factoring*, éstas no son recíprocas, ya que no son interdependientes entre ellas. En consecuencia, consideramos que en este supuesto debe aplicarse el régimen general del TRLCon. Así, las obligaciones de contabilización, cobro y gestión del factor y la de asunción del riesgo de insolvencia – esta última en caso de *factoring* sin regreso – quedarán integradas en la masa activa del concurso (art. 192.1 TRLCon), y la obligación de restitución del cliente concursado – contenido de de la asunción del impago del deudor cedido – quedará integrada en la masa pasiva (art. 251.1 TRLCon), concretamente como crédito contingente ordinario, al estar bajo condición suspensiva (art. 261.3 TRLCon).

**XXIV.** Si refiriéndonos de nuevo al *factoring* sin regreso y con regreso, en el momento de declaración del concurso del cliente el factor aún no ha realizado todos los anticipos posibles por no haberse superado los límites establecidos en el contrato, el factor tendrá pendiente esta obligación correspondiente al servicio de financiación, estando también pendiente de cumplimiento la obligación recíproca del cliente de *factoring* de asunción del impago del deudor cedido – en el caso de *factoring* sin regreso, del impago por causa ajena a la insolvencia –, al menos con respecto a los créditos no anticipados todavía. Puesto que los anticipos relativos a los créditos cedidos deben realizarse antes de que se produzcan sus respectivos vencimientos, el factor tendrá pendiente el cumplimiento de la obligación de contabilización, gestión y cobro, así como de la obligación de asunción del riesgo de insolvencia – esta última sólo en caso de *factoring* sin regreso –, teniendo el cliente pendiente el cumplimiento de la obligación de pago de la comisión de *factoring*, la cual es recíproca a aquellas obligaciones del factor. La pendencia de estas obligaciones se refiere a los créditos no anticipados todavía.

Así las cosas, existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del cliente concursado como del factor, siendo aplicable el artículo 158 TRLCCon. En consecuencia, las obligaciones del concursado deberán satisfacerse con cargo a la masa. El hecho de que el cobro de la comisión de *factoring* (obligación del cliente concursado) se realice detrayéndose del importe que se anticipa constituye un mecanismo de liquidación de una única relación jurídica, lo que es admitido en el concurso (art. 153.2 TRLCCon).

**XXV.** Además de las distintas fases en las que se pudiera encontrar el contrato de *factoring* sin regreso y de *factoring* con regreso en el momento de la declaración del concurso del cliente, cabe analizar los supuestos en los que dicha declaración de concurso se produzca estando vigente un contrato de *factoring* en comisión de cobranza o un contrato de *factoring* coligado a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

Si se declara el concurso del cliente de un contrato de *factoring* en comisión de cobranza, en el que el factor solo presta el servicio de gestión o administración de los

## Conclusiones

créditos cedidos, en relación con los créditos que están pendientes de vencimiento estará también pendiente la obligación del factor de contabilización, cobro y gestión con respecto a los mismos. La obligación recíproca del cliente de pago de la comisión de *factoring* estará asimismo pendiente de cumplimiento, pues en este caso que no existe anticipo dicha comisión se satisface en el momento en el que el factor cobra el crédito del deudor cedido, detrayéndola de su importe antes de transmitírselo al cliente de *factoring*.

Por tanto, en este caso, existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto por el cliente de *factoring* concursado como por el factor, aplicándose el artículo 158 TRLCon. Así, la comisión de *factoring* será un crédito del factor contra la masa, pudiendo cobrarse mediante la detracción explicada, ya que estamos ante un supuesto de liquidación de una misma relación jurídica (art. 153.2 TRLCon).

Debido a que el *factoring* en comisión de cobranza no suele establecerse de forma independiente, sino que suele aparecer en la práctica combinado con las modalidades «sin regreso» o «con regreso» para los créditos que no cumplan los requisitos establecidos en el contrato, en el caso de que en algunas de esas modalidades haya créditos cedidos en comisión de cobranza pendientes de vencimiento, encontrándose en el supuesto en el que al momento de declaración del concurso del cliente se ha realizado por el factor todos los anticipos posibles, habría obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto por el factor – la de contabilización, cobro y gestión de los créditos cedidos en comisión de cobranza – como por el cliente – la del pago de la comisión de *factoring* con respecto a dichos créditos –. En consecuencia, se aplicaría a este supuesto el artículo 158 TRLCon en lugar de la regla general del TRLCon, lo que conllevaría a que la obligación del cliente de asunción del impago del deudor con respecto a los créditos cedidos y no vencidos mediante la modalidad de *factoring* sin regreso o con regreso no se integraría en la masa pasiva, sino que en el caso de que llegase a producirse dicho impago, sería un crédito contra la masa (art. 242.9º TRLCon).

En el caso de que se declare el concurso del cliente de un contrato de *factoring* coligado a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria – configuración mediante la que se simplifica el servicio de financiación, por lo que sólo

podrá utilizarse en las modalidades en que las que dicho servicio sea prestado por el factor (*factoring* sin regreso y *factoring* con regreso) – si los créditos cedidos están pendientes de vencimiento y se ha agotado por el cliente de *factoring* el crédito concedido, habiéndose abonado toda la cuantía concerniente a la comisión de *factoring*, el supuesto se identificaría con el del factor que ha realizado todos los anticipos posibles al momento de declaración del concurso del cliente, aplicándosele la misma solución. En el caso de que el cliente de *factoring* en el momento de declararse en concurso no hubiese agotado el crédito concedido y los créditos cedidos estuviesen pendientes de vencimiento, se aplicaría el artículo 158 TRLCon.

**XXVI.** Los artículos 160 y 161 TRLCon posibilitan la resolución de los contratos en caso de incumplimiento, siempre que sean contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al momento de declararse el concurso. Así, si declarado el concurso del cliente, existen en el contrato de *factoring* obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto por él como por el factor *in bonis*, podrá resolverse por incumplimiento posterior de cualquiera de estas partes (art. 161 TRLCon). Asimismo, podrá resolverse por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, pues estamos ante un contrato de tracto sucesivo (art. 160 TRLCon). El nuevo TRLCon ha precisado que este tipo de contrato es el único posible para ejercitar la resolución por incumplimiento anterior, en consonancia con lo establecido por el Tribunal Supremo y en contra del sector doctrinal que, vigente la LCon, consideraba factible resolver contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes por incumplimientos previos a la declaración del concurso.

El incumplimiento que da lugar a esta resolución en el concurso requerirá las mismas condiciones que la jurisprudencia exige para la resolución por incumplimiento en el Derecho común (art. 1124 CC), debiendo por tanto tratarse del incumplimiento de una obligación principal, verdadero y propio, grave, esencial y definitivo, que genere la frustración del fin del contrato. No obstante, en los contratos de *factoring* se suele establecer una cláusula resolutoria por incumplimiento del cliente de cualquiera de las obligaciones especificadas en el contrato, lo que implica que si el contrato de *factoring* tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes y se

## Conclusiones

produce un incumplimiento por parte del cliente, el factor pueda resolver el contrato aplicando la cláusula resolutoria en cuestión, sin necesidad de probar que concurren los requisitos jurisprudenciales para la resolución apenas destacados. Ello es así porque la cláusula de la reglamentación contractual atribuye fuerza resolutoria al incumplimiento al que se refiere (art. 1255 CC).

El artículo 162 TRLCon requiere que la acción de resolución del contrato por incumplimiento se ejercite ante el juez del concurso, sustanciándose por los trámites del incidente concursal. Por tanto, si el incumplimiento proviene del cliente concursado, el factor *in bonis* para resolver el contrato por incumplimiento debe interponer incidente concursal ante el juez del concurso, el cual se basará en la cláusula resolutoria expresamente pactada. Si el incumplimiento fuera del factor *in bonis*, quien tiene que interponer el referido incidente ante el juez del concurso será el cliente concursado, con la autorización de la administración concursal si está en régimen de intervención, o la administración concursal, si está en régimen de suspensión.

**XXVII.** Aunque exista causa de resolución, el artículo 164 TRLCon faculta al juez a acordar el cumplimiento del contrato si así lo requiriese el interés del concurso. En dicho caso, determina el precepto que serán con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Esta potestad del juez del concurso de impedir la resolución del contrato por incumplimiento es posible tanto en el caso de que aquélla sea solicitada por el factor *in bonis* como por el cliente concursado o la administración concursal, a pesar de que pueda entenderse de la dicción literal del precepto que sólo se refiere al primer supuesto. El juez puede apreciar de oficio el interés del concurso para enervar la resolución del contrato y establecer su cumplimiento. Según doctrina jurisprudencial, el interés del concurso se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado, siendo por tanto una realidad abstracta que debe valorarse en cada caso concreto.

Aunque el interés del concurso en el cumplimiento del contrato pueda ser apreciado por el juez de oficio, en el supuesto de que se solicite por el factor *in bonis* la resolución del contrato por incumplimiento del cliente concursado, si el contrato resulta útil y conveniente para el concurso, el cliente de *factoring* o la administración concursal deberá oponerse a dicha resolución, so pena de que pudiera producirse el cambio de la situación de intervención a suspensión (art. 108.1 TRLCon) o la separación del administrador concursal, en caso de suspensión (art. 100.1 TRLCon), por no actuar conforme al interés del concurso, y con independencia de que el juez declarase el cumplimiento del contrato. Igualmente, si el incumplimiento se produce por parte del factor *in bonis*, siendo el contrato conveniente para el concurso, el cliente de *factoring* concursado o la administración concursal deberá ejercitar la acción de cumplimiento y no de resolución, pues en este último caso, aunque el juez acuerde el cumplimiento del contrato en interés del concurso aplicando este artículo 164 TRLCon, podría acordarse el cambio de la situación del cliente concursado de intervención a suspensión (art. 108.1 TRLCon) o la separación del administrador concursal, si el concursado estuviese en régimen de suspensión y fuera evidente que la resolución era contraria al interés del concurso (art. 100.1 TRLCon), porque, al igual que en el caso anterior, no se habría actuado conforme al interés del concurso.

**XXVIII.** La consecuencia de que el juez acuerde el cumplimiento del contrato aunque exista causa resolutoria es que serán con cargo a la masa «*las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*» (art. 164 TRLCon *in fine*). Si bien el tenor literal del precepto motiva que existan dudas respecto a si con cargo a la masa son sólo las prestaciones posteriores a la declaración del concurso o la totalidad de las prestaciones, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de esta última interpretación, considerando que si no fuese de esta manera la disposición sería una repetición del artículo 158 TRLCon y tendría un carácter superfluo. Así, si se acuerda el cumplimiento en interés del concurso de un contrato de *factoring* en el que existían prestaciones vencidas e incumplidas por el cliente concursado con carácter previo al concurso, dichas prestaciones, que por ser anteriores al concurso en un contrato de tracto sucesivo se calificarían como crédito concursal, pasarían a calificarse como crédito contra la masa. El Tribunal Supremo fundamenta esta calificación como una



## Conclusiones

especie de compensación o garantía a favor de la parte *in bonis*, a la que se le expropia de su facultad de resolver y se ve forzada a continuar vinculada.

En el caso de que se haya acordado por el juez el cumplimiento del contrato aplicando este artículo 164 TRLCon, si se produce un incumplimiento sucesivo, entendemos que la parte cumplidora podría ejercitar nuevamente la resolución del contrato por incumplimiento y el juez acordar una vez más el cumplimiento del mismo atendiendo al interés del concurso, siempre que la masa fuese suficiente. Con respecto a esto último, aunque exista interés del concurso, si la masa activa es insuficiente para satisfacer los créditos que se derivarían del cumplimiento del contrato, el juez no podrá acordar el mantenimiento de éste, pues existiría cierta conciencia de que sería nuevamente incumplido.

**XXIX.** Si el juez no acuerda el cumplimiento del contrato en interés del concurso (art. 164 TRLCon), declarando la resolución por incumplimiento, el artículo 163 TRLCon establece los efectos que ello produce. En primer lugar, la resolución por incumplimiento da lugar a un efecto liberatorio, pues causa la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento, desvinculando así a las partes del concreto negocio jurídico. Relacionando este efecto con el contrato de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros – modalidad utilizada en la práctica actual –, con respecto a los créditos cedidos pero no nacidos en el momento de la resolución por incumplimiento, éstos integrarán la masa activa del concurso del cliente de *factoring*, pues si bien la conclusión del contrato bajo esta fórmula produce la cesión de los créditos afectados por la operación, dichos créditos no forman parte del patrimonio del factor hasta el momento de su nacimiento. Así, si se resuelve el contrato sin darse esa circunstancia, procede el resultado expuesto.

En segundo lugar, con respecto a las obligaciones vencidas, el artículo 163 TRLCon determina que se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso; y si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora será contra la masa. De la expresión de la norma entendemos que el derecho de crédito que reconoce a la parte *in bonis* es a la contraprestación pactada,

esto es, se refiere a la prestación que debió realizar la concursada e incumplió, por lo que no compartimos la opinión de un determinado sector doctrinal que considera que el crédito de la parte *in bonis* cumplidora es a la restitución. Así, si se declara la resolución del contrato de *factoring* por incumplimiento del cliente concursado, en cuanto a las obligaciones vencidas, en el supuesto de que el incumplimiento del cliente fuese anterior a la declaración del concurso, el derecho de crédito del factor *in bonis* a la prestación incumplida será concursal; si el incumplimiento del cliente de *factoring* fuese posterior a la declaración del concurso, el derecho de crédito del factor *in bonis* a la prestación incumplida será contra la masa. Del tenor literal del artículo 163 TRLCon se desprende que es aplicable a los contratos de tracto sucesivo y que se ocupa del incumplimiento del concursado. En caso de incumplimiento de la parte *in bonis* los efectos serán los determinados por las reglas generales del Derecho común de contratos: si el factor *in bonis* incumple, la resolución tendrá carácter *ex nunc* (se extinguirán las obligaciones pendientes de vencimiento, y las vencidas y cumplidas por sólo una parte), integrándose el derecho de restitución y la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera corresponder al cliente concursado en la masa activa del concurso.

En tercer lugar, el apartado segundo del artículo 163 TRLCon establece el efecto indemnizatorio, determinando que en todo caso el crédito del acreedor *in bonis* comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda. Así, en caso de que se resuelva el contrato de *factoring* por incumplimiento del cliente concursado, el derecho de crédito del factor *in bonis* a la prestación incumplida incluirá, si procede, la indemnización por los daños y perjuicios, atribuyendo a ésta el mismo tratamiento que aquél – crédito concursal o crédito contra la masa, dependiendo del momento del incumplimiento –.

**XXX.** Aunque no exista causa resolutoria, el artículo 165 TRLCon permite la resolución de los contratos en interés del concurso, opción que podrá utilizarse siempre que estemos ante contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues, no obstante la literalidad del precepto – el cual circunscribe esta resolución a «*cualquier contrato con obligaciones recíprocas*» – el espíritu y finalidad de la norma, a los que el artículo 3.1 CC otorga prioridad en la labor hermenéutica, es descargar al concurso del cumplimiento con cargo a la masa de los contratos a los que

## Conclusiones

se les aplica el artículo 158 TRLCon cuando éstos no fuesen útiles o ventajosos, siendo por tanto su resolución conveniente para el interés del concurso. Así, si al contrato de *factoring* se le aplica el artículo 158 TRLCon, por existir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto por el cliente concursado como por el factor, existirá la posibilidad de su resolución si se estima necesario o conveniente para el interés del concurso. Según doctrina jurisprudencial, este concepto se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida en el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor.

En los supuestos de *factoring* sin regreso y con regreso, si la actividad empresarial del cliente concursado continúa, consideramos que es favorable mantener el contrato, pues el servicio de financiación existente en estas modalidades será de utilidad al concurso, siendo el coste por los intereses y comisiones que conlleva su ejecución menor que el de otros contratos de financiación alternativos. Sin embargo, en el caso del *factoring* en comisión de cobranza, dado que solo se presta el servicio de gestión o administración, nos mostramos dubitativos con respecto a la conveniencia para el concurso del mantenimiento del contrato.

**XXXI.** Los legitimados para solicitar la resolución en interés del concurso son el concursado, en caso de intervención, y la administración concursal, en caso de suspensión. No compartimos la interpretación doctrinal que entiende necesaria la autorización de la administración concursal en los supuestos de intervención, pues el artículo 165 TRLCon no lo requiere. Ello se explica porque la administración concursal va a tener conocimiento de esta solicitud de resolución y se pronunciará sobre ella.

Así, si el cliente de *factoring* concursado – régimen de intervención – o la administración concursal – régimen de suspensión – entiende que la resolución del contrato es conveniente para el interés del concurso, presentará demanda de resolución ante el juez del concurso, tramitándose la misma por los cauces del incidente concursal (art. 165.3 TRLCon). No obstante, el artículo 163.2 TRLCon permite a estos legitimados, antes de presentar la demanda, solicitar una comparecencia ante el juez del concurso, en la que serán citados el cliente concursado, la administración concursal y el factor *in bonis*. De existir en esta comparecencia acuerdo en cuanto a la resolución y sus

efectos, el juez resolverá el contrato en interés del concurso, de conformidad con lo acordado. Si existe acuerdo en la resolución, pero discrepancia en sus efectos, entendemos que, tras presentarse la correspondiente demanda incidental, el juez deberá limitarse a determinar los efectos conforme a lo establecido en el artículo 165.3 TRLCon, por ser el asunto en disputa. Mostramos, por tanto, disconformidad con el sector doctrinal que entiende que el juez en este caso debe pronunciarse también sobre la procedencia de la resolución en interés del concurso, aunque los intervinientes estén de acuerdo con este aspecto.

Los efectos de la resolución en interés del concurso, si se ha celebrado comparecencia ante el juez del concurso con acuerdo integral entre las partes, serán los fijados en el mismo. En caso de que no exista acuerdo en la comparecencia en cuanto a la resolución y a sus efectos, interponiéndose demanda de resolución, o si la comparecencia no se solicita porque se opte por interponer directamente la referida demanda, el juez decidirá acerca de la resolución solicitada y establecerá las restituciones que procedan y la indemnización que corresponda al factor *in bonis*, debiendo satisfacerse ambos conceptos con cargo a la masa (arts. 165.2 y 165.3 TRLCon). En cuanto a «*las restituciones que procedan*», al ser el contrato de *factoring* de tracto sucesivo, se resolverá con efectos *ex nunc*, por lo que la obligación de restituir únicamente tendrá lugar con respecto a las prestaciones cumplidas por una parte y no correspondidas por la otra. En cuanto a la «*indemnización que corresponda*», los daños a indemnizar a la parte *in bonis* son los ocasionados por la falta de cumplimiento del contrato, debiendo ser probados por ésta. Si en el momento de resolución en interés del concurso del contrato de *factoring* existen créditos pendientes de vencimiento que han sido anticipados por el factor *in bonis*, consideramos que procede indemnización a su favor, pues la asunción del impago del deudor cedido pendiente de cumplimiento por parte del cliente de *factoring* con respecto a esos créditos (limitada en caso de *factoring* sin regreso), al tratarse de una obligación aún no vencida, se extinguirá con la resolución del contrato, lo que conlleva que el riesgo del impago del deudor cedido sea asumido por el factor. Debido a que la resolución tiene eficacia liberatoria, en caso de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, los créditos cedidos pero no

## Conclusiones

nacidos al momento de la resolución, integrarán la masa activa del concurso del cliente de *factoring*.

El TRLCon no señala plazo para instar la resolución en interés del concurso, por lo que interpretamos que puede solicitarse en cualquier momento, pues, a nuestro juicio, el interés del concurso tiene carácter dinámico y coyuntural.

**XXXII.** El artículo 156 instaura el principio general de vigencia de los contratos, calificando como ineficaces las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes, las cuales «*se tendrán por no puestas*». Este tipo de cláusulas se insertan en algunos contratos de *factoring* de la práctica, si bien no refiriéndose literalmente a la declaración de concurso, sino a situaciones en las que acontece su presupuesto objetivo o a circunstancias que pueden ir unidas a dicha declaración (arts. 2 y 106 TRLCon), lo que a nuestro juicio no evita que el precepto citado produzca efecto.

El artículo 156 TRLCon se encuentra conexas con el artículo 159 TRLCon, el cual regula los denominados «supuestos especiales», estableciendo excepciones al principio general de vigencia de los contratos. Refiriéndonos al primer apartado de este artículo 159 TRLCon, admite el ejercicio en el concurso de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la Ley. Si bien con respecto al *factoring* no existe ninguna norma que reconozca dicha facultad, consideramos que si el contrato tiene duración indefinida podría extinguirse en el concurso por denuncia unilateral, en virtud del principio de prohibición de vínculos perpetuos, que permite denunciar los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida.

**XXXIII.** Por lo que se refiere al derecho a la rehabilitación de los contratos, entendemos el contrato de *factoring* como no rehabilitable, no obstante el artículo 166.1 TRLCon establezca esta posibilidad para los «*contratos de crédito, préstamo y demás de financiación*». Aunque en las modalidades de *factoring* sin regreso y con regreso esté presente el servicio de financiación, junto al mismo se presta el servicio de gestión o administración (que incluye la contabilización de los créditos cedidos) y el servicio de garantía – este último en el caso de *factoring* sin regreso – siendo esta pluralidad de

servicios la que implica que el *factoring* supere la categoría de «*contrato de financiación*» y, por tanto, no integre el supuesto de hecho del artículo 166 TRLCon.

**XXXIV.** El ya derogado artículo 878.II CCom declaraba nulos todos los actos de administración y disposición realizados por el quebrado con posterioridad a la época a la que se retrotrajeran los efectos de la quiebra. La redacción original de los apartados tercero y cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, tenían como fin salvaguardar el contrato de *factoring* de esta retroacción absoluta, tanto en el caso de quiebra del cliente-cedente como en el caso de quiebra del deudor cedido.

La disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificó la referida disposición adicional tercera, adaptando sus apartados tercero y cuarto al sistema de reintegración contenido en la LCon, siendo éste el régimen actualmente vigente, si bien las referencias normativas a la LCon se entienden realizadas a los preceptos correspondientes del TRLCon (disposición adicional segunda TRLCon).

**XXXV.** El texto original del apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, exceptuaba a las cesiones de crédito afectadas por la norma de la nulidad establecida en el artículo 878.II CCom en caso de quiebra del cedente (cliente de *factoring*). La modificación de este apartado, realizada por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, suprimió ese régimen especial. Ello tuvo como fundamento la promulgación de la LCon, la cual derogó el artículo 878 CCom y estableció un nuevo sistema de reintegración de la masa: la rescisión concursal, que no se basa en un régimen de indiscriminada ineficacia de los actos y contratos realizados por el concursado, sino que requiere como presupuesto que causen perjuicio a la masa activa. Este sistema de reintegración de la masa activa, regulado actualmente en los artículos 226 a 237 TRLCon, evita los inconvenientes que se trataban de eludir con la redacción originaria del apartado tercero que tratamos – los perniciosos efectos de la retroacción absoluta en caso de quiebra del cedente –, haciendo por tanto innecesario un régimen excepcional. Así, actualmente las cesiones de crédito derivadas de los contratos de *factoring* a los que se les aplica esta disposición adicional tercera quedan sujetas al régimen de la

## Conclusiones

rescisión concursal, no estando protegidas. La nueva redacción del precepto, estableciendo la asunción de estas cesiones al régimen común de la rescisión concursal, debe interpretarse como aclaratoria y de ruptura con el régimen excepcional establecido en su redacción originaria.

Por lo expuesto, no consideramos correcto que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil establezca que, en caso de concurso del cedente, las cesiones de crédito derivadas de un contrato de *factoring* únicamente serán rescindibles en caso de que el cedente y el cesionario hubieran obrado de mala fe (art. 557-13 en relación con el art. 577-3), pues con la actual rescisión concursal se hace innecesario un régimen excepcional, careciendo esta regulación de fundamento alguno.

**XXXVI.** La actual redacción del apartado relativo al concurso del cedente de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, sujeta las cesiones de créditos derivadas de los contratos de *factoring* a los que se les aplica la misma al régimen común de la rescisión concursal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 TRLCon, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. El concepto de «acto» debe entenderse en un sentido amplio, por lo que serán rescindibles tanto las cesiones de créditos derivadas del contrato de *factoring* como el contrato de *factoring* en sí mismo considerado. Ello dependerá de cómo se configure la cesión de créditos, pues si estamos ante un contrato de *factoring* preliminar o preparatorio de las cesiones posteriores, se podría ejercitar la rescisión concursal tanto frente a las cesiones de créditos, siendo éstas actos de ejecución del contrato, ya que se producen de forma posterior a su celebración y en su cumplimiento, como frente al contrato mismo de *factoring*. La decisión en este supuesto dependerá del momento en que se hayan realizado estos «actos», pues habrá de tenerse en cuenta el límite temporal establecido en el art. 226 TRLCon. No obstante, si estamos ante un contrato de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros, la rescisión concursal deberá ejercitarse frente al contrato mismo, pues la cesión se produce con su conclusión.

Siendo la modalidad de *factoring* como cesión global anticipada de créditos futuros la utilizada en la práctica actual, y centrándonos, por consiguiente, en el contrato de

*factoring* como acto rescindible, consideramos que, dadas las ventajas que aporta al cliente (las cuales se acrecientan en el caso de *factoring* sin regreso, pues en esta modalidad es el factor quien asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido), no puede calificarse como «acto perjudicial para la masa activa», siempre que la comisión de *factoring* y los intereses estipulados se ajusten a los normales del mercado.

Aunque un sector doctrinal entiende que el contrato de *factoring* se encuadra en el artículo 230.1º TRLCon, considerándolo por tanto exento de la rescisión concursal, a nuestro juicio no entra dentro del supuesto de hecho del referido precepto en caso de concurso del cliente-cedente, pues no consideramos el negocio jurídico de *factoring* como un acto de su actividad empresarial, sino como un acto instrumental para el desenvolvimiento de ésta.

**XXXVII.** Si en el marco del concurso del cliente de *factoring* se interpone la acción rescisoria concursal frente al contrato fuente de los créditos que han sido cedidos – es decir, frente al contrato que vincula al cliente de *factoring* con el deudor cedido –, en el caso de que dicha rescisión resulte estimada se producirán los efectos de los apartados primero y segundo del artículo 235 TRLCon: ineficacia del contrato impugnado y restitución de prestaciones ya realizadas, afectando por tanto al contrato de *factoring* de forma indirecta, pues el factor no podrá exigir al deudor cedido el pago de los créditos. Así, si se rescinde el contrato que da origen a los créditos cedidos, consideramos que el factor podrá exigir al cliente de *factoring* concursado la responsabilidad *veritas nominis* (arts. 1529 CC y 348 CCom), estando legitimado para insinuarse en la masa pasiva del concurso como acreedor de la cantidad que le corresponda.

**XXXVIII.** El texto original del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, excluía del régimen de retroacción establecido en el derogado artículo 878.II CCom a los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario (factor), aunque permitiendo a la sindicatura de la quiebra ejercitar la acción de retroacción sobre aquéllos frente al cedente, frente al cesionario o frente a ambos a la vez, si probaba que alguno de ellos o ambos conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha del anticipo realizado por el cesionario al cedente. Tras la



## Conclusiones

modificación de este apartado realizada por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se continúa reconociendo este régimen excepcional, estableciéndose que los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario (factor) no están sujetos a la rescisión concursal, conteniendo dos excepciones en las que se permite esta acción rescisoria especial: la primera – introducida con la modificación referida –, cuando los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario correspondan a deudas con vencimiento posterior al concurso; y la segunda, cuando se pruebe que el cedente o el cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha del anticipo realizado por el cesionario al cedente. Al igual que la redacción originaria, el inciso final del apartado cuarto dispone que «*dicha revocación no afectará al cesionario, sino cuando se haya pactado así expresamente*», lo que debe interpretarse como que el cesionario puede repetir contra el cedente el importe de lo devuelto a la masa activa, salvo en el supuesto de *factoring* sin regreso.

Esta redacción actual del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, carece, a nuestro juicio, de fundamento, pues si se aplicase el régimen general concursal a los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario, sólo serían rescindibles si fuesen perjudiciales para la masa activa y se hubiesen realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso (art. 226 TRLCon). Con respecto al requisito del perjuicio, el artículo 227 TRLCon establece la presunción absoluta de perjuicio patrimonial de los pagos anticipados de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso – incorporada como excepción en el referido apartado cuarto de la disposición adicional tercera – y, sobre los pagos debidos, vencidos y exigibles, la doctrina jurisprudencial determina que son perjudiciales cuando se han realizado en situación de insolvencia del deudor y con proximidad a la solicitud y declaración de concurso, siendo la naturaleza del crédito y la condición del acreedor circunstancias que también pueden determinar que dicho pago resulte perjudicial. Así pues, la redacción actual del apartado cuarto de la disposición adicional tercera que tratamos tiene como consecuencia que los pagos debidos, vencidos y exigibles, que fuesen perjudiciales para la masa activa y se hubiesen realizado por el deudor cedido dentro del periodo sospechoso establecido en el artículo 226 TRLCon no

puedan ser rescindidos, lo cual otorga a las entidades de *factoring* un trato de favor, a nuestro juicio injustificado. Ello nos lleva a considerar que debería modificarse este apartado, en el mismo sentido que el apartado tercero: estableciendo la aplicación del régimen común de la rescisión concursal.

**XXXIX.** La complejidad del contrato de *factoring*, el cual cuenta con varias modalidades y con dos fórmulas diversas de inserción de la cesión de créditos, dificulta la tarea de la administración concursal en lo relativo a la inclusión de los créditos cedidos en la masa activa del cliente de *factoring* concursado (art. 198.1 TRLCon). En el caso del *factoring* en comisión de cobranza, si la administración concursal ha incluido los créditos cedidos bajo esta modalidad en la masa activa del concurso del cliente de *factoring*, el factor no podrá separarlos ejercitando el artículo 239 TRLCon, pues este tipo de *factoring* no tiene aptitud causal para producir una cesión plena, integrando los créditos cedidos el patrimonio del cliente de *factoring* concursado. Sin embargo, en los casos de *factoring* sin regreso y de *factoring* con regreso, ambos originan plenos efectos traslativos, por lo que si los créditos cedidos mediante estas modalidades se incluyen en la masa activa del cliente de *factoring* concursado, el factor podrá ejercitar la acción de separación del artículo 239 TRLCon. Si estas dos modalidades (*factoring* sin regreso y *factoring* con regreso) se han establecido en el contrato bajo la fórmula de cesión global anticipada de créditos futuros, el contrato cumple con los requisitos especificados en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, y se ha celebrado con anterioridad a la declaración del concurso del cliente, los créditos objeto de estas modalidades de contrato de *factoring* no deben integrar la masa activa del concurso, pues el apartado segundo de la aludida disposición adicional tercera establece la eficacia de las cesiones de créditos a las que se refiere «desde la fecha de celebración del contrato de cesión», y mediante la fórmula de *factoring* como cesión global anticipada la cesión de créditos se produce con la conclusión del contrato. Si en las circunstancias expuestas se integrasen los créditos en la masa activa del concurso del cliente de *factoring*, el factor tendrá derecho a separarlos (art. 239 TRLCon). Ahora bien, en el supuesto en el que las modalidades sin regreso y con regreso se establezcan en un contrato de *factoring* preliminar o preparatorio de cesiones posteriores, el factor únicamente podrá separar los créditos que

## Conclusiones

hubiesen sido aceptados por él antes de la declaración de concurso del cliente de *factoring*, integrando los créditos especificados en el contrato que no cumplan dicho requisito el patrimonio del concursado.

En cuanto al ejercicio de la acción de separación, consideramos que la reclamación a la administración concursal a la que se refiere el artículo 239.1 TRLCon no es un requisito de procedibilidad, pudiendo el factor interponer directamente el incidente de separación. Dicha demanda incidental no está sujeta a la previa impugnación del inventario, pudiendo ejercitarse en cualquier momento, si bien teniendo en cuenta la naturaleza y carácter del derecho en que se fundamenta.



## CONCLUSIONI

**I.** Il *factoring* è un contratto commerciale, importato dagli Stati Uniti, attraverso il quale un imprenditore cede i suoi crediti commerciali al factor o alla società di *factoring* (istituto di credito o istituto di credito finanziario), in modo che quest'ultimo, in cambio di una remunerazione, svolga determinati servizi rispetto agli stessi, come la gestione o amministrazione, i servizi di finanziamento e garanzia, oltre ad altri servizi complementari.

Il servizio di gestione o amministrazione, consiste nel fatto che la società di *factoring* si occupa dell'incasso e della contabilità dei crediti ceduti.

Per quanto riguarda il finanziamento, il factor concede all'imprenditore anticipi dell'importo dei crediti ceduti, fornendogli così liquidità.

Attraverso il servizio di garanzia, il factor assume il rischio di insolvenza dei debitori dei crediti ceduti, quando le condizioni stabilite nel contratto sono soddisfatte.

I servizi complementari che possono essere forniti attraverso le operazioni di *factoring* consistono in servizi di gestione commerciale, come ricerche di mercato, informazioni commerciali, così come ricerca e selezione di clienti. Tuttavia, non sono solitamente stabiliti nei contratti di *factoring* in Spagna, né in quelli di altri paesi europei, essendo più comuni nei contratti di *factoring* negli Stati Uniti, che sono più specializzati.

**II.** La combinazione di servizi di *factoring* presenti in Spagna dà origine a diversi tipi di contratti, distinguendo tra *factoring* senza rivalsa, *factoring* con rivalsa e *factoring* con rivalsa e senza finanziamento (in spagnolo chiamato «*factoring en comisión de cobranza*»)

Il *factoring* senza rivalsa è la modalità più completa, dato che il factor fornisce i servizi di gestione o amministrazione, finanziamento e garanzia. Nel *factoring* con rivalsa, il factor fornisce il servizio di gestione o amministrazione e il servizio di

finanziamento. Nel *factoring* con rivalsa e senza finanziamento, il factor esegue solo il servizio di amministrazione o gestione dei crediti ceduti.

Tuttavia, a causa della nota flessibilità che caratterizza il contratto di *factoring*, non è strano nella pratica che si stabiliscano diverse modalità nello stesso contratto, essendo gli esempi più frequenti quelli dove il *factoring* sia «senza rivalsa» fino a quando l'importo dei crediti raggiunge una certa quantità, intendendosi come «con rivalsa» da quel momento; così come la combinazione delle modalità «senza rivalsa» o «con rivalsa» con il «*factoring* con rivalsa e senza finanziamento» per i crediti che non soddisfano le condizioni stabiliti nel contratto. Per quanto riguarda questo tipo di «*factoring* con rivalsa e senza finanziamento», bisogna notare che, a differenza degli altri, di solito non è stabilito in modo indipendente.

**III.** Il *factoring* è atipico: i suoi effetti sono determinati dall'accordo tra le parti. In pratica, c'è una standardizzazione del contenuto contrattuale dei diversi tipi di *factoring*, essendo le clausole generali abbastanza esaustive. Questa atipicità non denota una mancanza assoluta di norme sul *factoring*, dato che nel ordinamento giuridico spagnolo esistono norme che si riferiscono alla figura, anche se orientate a questioni amministrative o particolari. Per quanto riguarda le norme che regolano aspetti specifici, si segnala la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, la quale, nella sua terza disposizione addizionale uniforma alcune questioni decisive delle cessioni di crediti d'impresa a cui si riferisce, seguendo il modello italiano della Legge 52/1991, di cessione dei crediti d'impresa. Il regime stabilito dalla suddetta disposizione si applica al *factoring* senza rivalsa e con rivalsa, escludendo il *factoring* con rivalsa e senza finanziamento (sezione 1.5). Nonostante l'abrogazione della Ley 1/1999, de 5 de enero, da parte della disposizione abrogatrice della Ley 25/2005, del 24 de noviembre, quest'ultima ha dichiarato che la suddetta terza disposizione addizionale è ancora in vigore (art. 578.2.4° TRLCon).

**IV.** L'Anteproyecto de Ley de Código Mercantil include nei suoi articoli la regolamentazione del contratto di *factoring*, delimitando la sua nozione e limitando, quindi, le funzioni che il factor può fornire (art. 577-10). Ci opponiamo a tale approccio, poiché implica l'attribuzione di rigidità a questo negozio giuridico, rendendo difficile il

## Conclusioni

suo adattamento agli interessi e alle necessità della pratica. Essendo l'Anteproyecto de Ley de Código Mercantil attualmente in fase di elaborazione, ci mostriamo a favore della natura atipica che ha il contratto di *factoring* al presente.

V. Il meccanismo essenziale per il funzionamento del contratto di *factoring* è la cessione dei crediti, che ha natura strumentale, fornendo la struttura giuridica necessaria per il trasferimento dei crediti oggetto del contratto. Tale cessione è il mezzo che permette la prestazione di servizi da parte del factor. Nel contratto di *factoring* ci sono due modi diversi di inserire la cessione dei crediti, dando luogo al *factoring* come contratto preliminare o preparatorio di cessioni successive e al *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri. Il primo produce solo effetti vincolanti tra le parti: l'imprenditore, cliente del *factoring*, si impegna a cedere al factor i crediti oggetto del contratto man mano che si presentano, e il factor si impegna ad accettarli, se soddisfano i requisiti e le formalità concordate. Così, l'operazione di *factoring* è suddivisa in un certo numero di cessioni individuali, producendo ogni assegnazione l'effetto di trasferimento del credito che riguarda. Tuttavia, con il *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri, la cessione dei crediti interessati dalla transazione avviene con la conclusione del contratto di *factoring*. Poiché la cessione è anticipata, i crediti sorgono direttamente nel patrimonio del factor, senza bisogno di alcuna procedura aggiuntiva, in modo che l'efficacia del trasferimento di ogni credito avviene al momento della sua nascita.

VI. La configurazione del *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri è la pratica corrente prevalente, per il fatto che con questa formula si rafforza la posizione della società di *factoring* rispetto all'acquisizione dei crediti oggetto del contratto e l'operazione si riduce a un unico atto di cessione.

Il predominio del *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri si è verificato con l'entrata in vigore della Ley 1/1999, de 5 de enero, poiché la sezione 1.3 della sua terza disposizione addizionale riconosceva questa configurazione, che sebbene fosse praticabile nel Diritto spagnolo prima della suddetta Legge mediante l'applicazione degli articoli 1271 e 1532 CC – rispetto a quest'ultima disposizione,

mediante un'interpretazione flessibile –, ciò non era sufficiente per convincere le imprese di *factoring* a farne uso.

**VII.** Per quanto riguarda gli obblighi delle parti del contratto, riferendosi in primo luogo a quelli del cliente di *factoring*, il primo obbligo che deve essere eseguito, nella fase precontrattuale – quindi ci riferiamo al richiedente o futuro cliente – è la fornitura di tutte le informazioni di natura imprenditoriale, commerciale e contabile al factor, affinché quest'ultimo possa stabilire la portata del contratto, determinando i servizi che assume e i loro limiti.

**VIII.** Nella fase contrattuale, il cliente di *factoring* è obbligato a cedere al factor i crediti oggetto del contratto, cessione che, nella configurazione di *factoring* utilizzata nella pratica corrente, sarà unica, globale e anticipata e avverrà con la conclusione del contratto stesso.

Come un'altra obbligazione del cliente di *factoring*, è responsabile dell'esistenza e della legittimità dei crediti ceduti, responsabilità che comporta l'annullamento della cessione del credito colpito dalla mancanza di uno o entrambi questi aspetti.

Il cliente è anche obbligato ad assumere il mancato pagamento dei crediti da parte del debitore ceduto, essendo la sua responsabilità totale nel caso in cui questa circostanza si verifichi nel *factoring* con rivalsa e limitata nel caso di *factoring* senza rivalsa, dato che in quest'ultima modalità la società di *factoring* assume i mancati pagamenti del debitore ceduto a causa della sua insolvenza, sempre che si adempiano le condizioni stabilite nel contratto in questo senso. Il contenuto dell'obbligo del cliente di *factoring* di assumere l'inadempienza del debitore ceduto – qualsiasi tipo di inadempienza nel *factoring* con rivalsa/inadempienza per motivi diversi dall'insolvenza nel *factoring* senza rivalsa – consiste nella restituzione dell'importo nominale del credito anticipato.

Il cliente di *factoring* è anche obbligato a notificare la cessione dei crediti oggetto del contratto ai diversi debitori. Questa notifica non è un elemento costitutivo della cessione, poiché funziona solo come mezzo di collegamento tra il debitore ceduto e il cessionario (nuovo creditore) – art. 347 CCom e 1527 CC –. È comune nel contratto di



## Conclusioni

*factoring* che ci siano due notifiche da parte del cliente ai debitori ceduti: la prima, che si riferisce all'esistenza del contratto di *factoring*, in cui si dichiara che il nuovo creditore è il factor e viene comunicata per iscritto e firmata dal cedente; e la seconda, che viene comunicata quando il credito nasce, attraverso l'inserzione di una clausola nella fattura generata dal cliente di *factoring* al debitore, il cui scopo è ricordare che il credito è stato ceduto al factor. Consideriamo che è la prima di queste notifiche la quale vincola al debitore con il cessionario (factor), producendo con essa gli effetti stabiliti nell'articolo 347 CCom.

Poichè il contratto di *factoring* è oneroso, il cliente di *factoring* deve pagare un prezzo in cambio dei servizi forniti dal factor. In primo luogo, deve pagare la commissione di *factoring*, che è una percentuale sopra l'importo nominale dei crediti ceduti e remunera i servizi di gestione o amministrazione e, se del caso, l'assunzione da parte del factor del rischio di insolvenza dei debitori ceduti. In secondo luogo, il cliente di *factoring* deve pagare gli interessi stabiliti dagli anticipi ricevuti. Questi incassi sono effettuati per deduzione nell'importo anticipato. Nei casi in cui non c'è un pagamento anticipato (*factoring* con rivalsa e senza finanziamento), la commissione di *factoring* sarà liquidata quando il factor incassa il credito dal debitore ceduto, deducendola dall'importo prima di passarla al cliente di *factoring*.

Il cliente di *factoring* deve anche pagare il saldo che può risultare a favore del factor come risultato della liquidazione del conto corrente che di solito è stabilito nel contratto. Questo conto riguarda alcuni crediti derivanti dalla relazione di *factoring*, ma non comprendono gli anticipi, in quanto sono forniti dal factor su richiesta del cliente.

Oltre agli obblighi di cui sopra, il contratto di *factoring* stabilisce altri doveri del cliente di *factoring*, come il dovere di informare al factor su aspetti che riguardano la sua relazione commerciale con i debitori, il divieto di concordare con questi ultimi variazioni rispetto ai crediti ceduti e la fornitura di assistenza al factor nel caso in cui eserciti i suoi diritti attraverso un contenzioso.

**IX.** Gli obblighi della società di *factoring* o del factor coincidono con i servizi che fornisce. Con il servizio di gestione o amministrazione, si impegna a contabilizzare,

incassare e gestire i crediti; con il servizio di finanziamento, si impegna ad anticipare l'importo dei crediti ceduti, che può essere effettuato in diversi modi (su richiesta del cliente, automaticamente al ricevimento delle fatture corrispondenti ai crediti ceduti, o mediante un contratto di apertura di credito in conto corrente bancario collegato al contratto di *factoring*); con il servizio di garanzia, presente nel *factoring* senza rivalsa, il factor si impegna ad assumere il rischio di insolvenza dei debitori ceduti, entro le condizioni stabilite nel contratto.

Gli obblighi di fare anticipi e di assumere il rischio di insolvenza dei debitori ceduti non sono assoluti. Per quanto riguarda gli anticipi, si stabiliscono normalmente dei limiti individuali per ciascuno dei debitori ceduti e un limite globale del contratto, i quali possono essere rotativi o fissi. Inoltre, si possono stabilire doppi limiti, rotativo e fisso, sia per ogni singolo debitore che per il contratto nel suo insieme. Oltre questi limiti il factor non sarà obbligato a fare anticipi. Per quanto riguarda l'assunzione del rischio d'insolvenza, possono anche esistere dei limiti massimi, oltre i quali il factor non assumerà l'insolvenza dei debitori ceduti.

**X.** Determinare la natura giuridica del contratto di *factoring* è rilevante per chiarire la sua capacità di produrre cessioni di crediti con piena opponibilità.

Tuttavia, a causa dell'esistenza di diversi tipi di *factoring* e dei diversi effetti giuridici che ognuno di essi comporta, non è possibile determinare la natura giuridica del contratto di *factoring* in generale: dobbiamo specificare la natura giuridica di ogni specifica modalità di *factoring*. La natura giuridica di queste modalità dovrà essere risolta esaminando la loro base causale, lo quale si fa accertando la funzione o lo scopo della cessione dei crediti in ogni caso. Poiché la cessione dei crediti nel nostro Diritto non è di natura astratta, si richiede una causa adeguata e sufficiente per la trasmissione piena dei crediti.

La pluralità causale spiega la flessibilità e la polivalenza del contratto di *factoring*, dato che attraverso di esso si ottiene una varietà di servizi secondo i diversi crediti ceduti.

## Conclusioni

**XI.** Per quanto concerne al *factoring* con rivalsa e senza finanziamento (in spagnolo chiamato «*factoring en comisión de cobranza*», il quale di solito non è stabilito autonomamente), il factor fornisce solo il servizio di gestione o amministrazione dei crediti, per cui la funzione della cessione è quella di permettere al factor di incassare il credito a proprio nome, potendo essere rincondotta questa modalità allo schema della commissione commerciale (art. 244 CCom). Poiché lo scopo della cessione del credito in questo caso è semplicemente quello di autorizzare la riscossione, non c'è un trasferimento pieno della titolarità del credito al factor.

**XII.** Nel caso del *factoring* senza rivalsa, in cui il factor fornisce servizi di gestione o amministrazione, finanziamento e garanzia, la sua natura giuridica è stata discussa, con un settore dottrinale che lo considera come una compravendita e un altro settore che lo considera come un prestito con cessione del credito pro soluto, interpretazioni che non condividiamo. Non riteniamo corretta la tesi della compravendita, perché non si può intendere che la causa della cessione dei crediti sia lo scambio di una cosa per un prezzo (in questo caso, crediti per denaro). Non siamo neanche favorevoli alla tesi del prestito, perché considera il finanziamento come unica causa della cessione dei crediti, senza tenere conto della pluralità di servizi presenti in questa modalità. Infatti, sosteniamo che il *factoring* senza rivalsa è un contratto «*sui generis*» per la sua peculiarità, in cui la cessione dei crediti si realizza per ottenere i servizi di gestione, finanziamento e garanzia, essendoci, quindi, una causa idonea e sufficiente per la trasmissione piena dei crediti ceduti, data la posizione detenuta dal factor. Questo carattere del trasferimento nel *factoring* senza rivalsa è stato confermato dalla Corte Suprema.

**XIII.** È stata anche discussa la natura giuridica del *factoring* con rivalsa, in cui il factor fornisce i servizi di gestione o amministrazione e di finanziamento. In questo caso, ci troviamo con la tesi della compravendita e la tesi del prestito, e all'interno di quest'ultima, ci sono due aspetti riguardanti la causa che giustifica la cessione: il primo, che considera la cessione come solutoria *pro solvendo*; e il secondo, che comprende che la cessione risponde a uno scopo di garanzia. Non condividiamo la concezione del *factoring* con rivalsa come una compravendita, principalmente perché si basa sul

presupposto che la causa della cessione sia lo scambio di crediti per denaro, tesi che non consideriamo corretta. Per quanto riguarda la considerazione di questa modalità di *factoring* come un prestito in cui la cessione è fatta «a titolo oneroso» o pro solvendo, l'ostacolo che troviamo è l'attribuzione alla cessione di crediti di una funzione solutoria, perchè è fatta prima della concessione dell'anticipo, in un momento in cui l'obbligo di restituzione del cliente di *factoring* non è ancora sorto. Si può anche argomentare contro questa costruzione che la cessione dei crediti, considerata dai suoi sostenitori come solutoria, determina l'importo del finanziamento (obbligo «originale»). Per quanto riguarda la costruzione che considera il *factoring* con rivalsa come un prestito in cui la cessione ha finalità di garanzia, intendendo che i crediti sono ceduti per garantire al factor l'adempimento dell'obbligo di restituzione del cliente di *factoring*, anche non siamo d'accordo, perchè la configurazione del contratto di *factoring* con rivalsa (il factor può esigere l'obbligo di restituzione dal cliente solo quando il credito ceduto non è stato pagato) e gli effetti che produce (effetti di trasferimento pieno) sono incompatibili con questa tesi. Inoltre, queste teorie che considerano il *factoring* con rivalsa come un prestito si basano unicamente sul servizio di finanziamento.

Consideriamo che la cessione di crediti nel caso del *factoring* con rivalsa si realizza per ottenere i servizi di gestione e di finanziamento, concludendo che la sua natura giuridica è quella dello sconto bancario (specificamente, la linea di sconto, per il principio di globalità esistente nel *factoring*). Pertanto, la presente modalità produce trasferimento pieno dei crediti ceduti, questione che è stata confermata per la Corte Suprema.

**XIV.** La combinazione del contratto di *factoring* con un contratto di apertura di credito in conto corrente bancario non influisce alla causa della cessione dei crediti, perchè quest'ultimo ha una funzione strumentale rispetto al primo. In questo caso, l'operazione conclusa è un contratto di *factoring*, in cui il servizio di finanziamento viene fornito per mezzo di una linea di credito aperta a favore del cliente. Dato che le modalità in cui è presente il servizio di finanziamento sono il *factoring* senza rivalsa e il *factoring* con rivalsa, la causa della cessione in questo caso di contratti affiliati sarà l'ottenimento dei servizi presenti nel tipo di *factoring* stabilito tra quelli evidenziati: nel *factoring* senza rivalsa dei servizi di gestione o amministrazione, di finanziamento e di

## Conclusioni

garanzia; nel *factoring* con rivalsa, dei servizi di gestione o amministrazione e di finanziamento. La cessione dei crediti, quindi, avrà sempre trasferimento pieno in questo caso, dato che entrambe le modalità sono adatte a produrre la trasmissione piena dei crediti ceduti, essendo le uniche che rendono possibile la suddetta connessione, perchè includono il servizio di finanziamento.

**XV.** L'efficacia nei confronti di terzi delle cessioni di crediti nell'ambito di contratti di *factoring* dovrebbe riferirsi solo a quelle modalità che producono cessioni piene (*factoring* senza rivalsa e *factoring* con rivalsa). Il secondo comma della terza disposizione aggiuntiva della Ley 1/1999, de 5 de enero, stabilisce un regime speciale di opponibilità per le cessioni di crediti di impresa a cui si riferisce, tra le quali si includono le cessioni effettuate con le modalità di *factoring* senza rivalsa e con rivalsa, determinando la loro efficacia contro i terzi a partire dalla data certa in cui viene stipulato il contratto di cessione. Tenendo conto che la configurazione predominante nella pratica attuale è il *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri, dalla giustificazione della certezza della data del contratto di *factoring* – nella pratica il contratto si fa attraverso atto pubblico – la cessione di crediti realizzata sotto i tipi di *factoring* senza rivalsa e con rivalsa sarà opponibile ai terzi interessati ai beni del cliente-cedente e contro alla procedura concorsuale di quest'ultimo. Non sarà così nel caso del *factoring* preliminare o preparatorio di cessioni successive, perchè non si tratta di un contratto di cessione, ma di un contratto che comporta solo una situazione vincolante tra le parti, che dà luogo a singole operazioni di cessione, e l'efficacia nei confronti dei terzi deve essere valutata rispetto a ciascuna di esse.

**XVI.** Il *factoring* è un contratto sinallagmatico, cioè un contratto con obblighi reciproci. Esistono obbligazioni reciproche quando, con causa nello stesso negozio giuridico, sorgono doveri di prestazione per entrambe le parti, a condizione che ci sia un'interdipendenza o una condizionalità reciproca tra le prestazioni principali, in modo che possano essere intese come collegate da un nesso causale. Anche se nel vecchio Diritto Concorsuale spagnolo non esisteva una regola generale che trattasse gli effetti della dichiarazione della procedura concorsuale sui contratti sinallagmatici, gli articoli

da 61 a 63 LCon hanno colmato la lacuna in questa importante materia. Questi precetti corrispondono agli articoli da 156 a 165 del TRLCon.

Anche se sia il factor che il cliente sono parti del contratto di *factoring*, trattare gli effetti sul contratto in caso di insolvenza del factor non contemplerebbe la realtà pratica, in cui tale evento è insolito (e nel caso ipotetico in cui dovesse verificarsi, dovremmo applicare una regolamentazione speciale, a causa della sua condizione di istituto di credito o istituto di credito finanziario). Per questo motivo, concentriamo la nostra attenzione sul caso di insolvenza del cliente di *factoring* (cedente). Così, in questo caso, a seconda che al momento della dichiarazione della procedura concorsuale ci siano obblighi reciproci in attesa di esecuzione da una sola parte o obblighi reciproci in attesa di esecuzione da entrambe le parti, si applicherebbe al contratto, in linea di principio, l'articolo 157 o l'articolo 158 del TRLCon, rispettivamente. Ognuno di questi precetti stabilisce effetti diversi sul contratto, con la conseguenza comune che la procedura concorsuale non incide sulla sua validità (art. 156 TRLCon).

**XVII.** L'articolo 157 TRLCon tratta il caso di contratti in cui al momento della dichiarazione della procedura concorsuale una delle parti ha adempiuto completamente tutti gli obblighi reciproci a proprie spese e l'altra parte ha i propri obblighi in attesa di esecuzione. La disposizione stabilisce che se il debitore insolvente ha adempiuto ai suoi obblighi reciproci prima della dichiarazione della procedura concorsuale, avrà un credito nei confronti della parte *in bonis* che farà parte della massa attiva, che potrà essere tenuta ad adempiere ai suoi obblighi o, a seconda dei casi, a risolvere il contratto ai sensi dell'articolo 1124 CC. Se è la parte *in bonis* chi ha adempiuto ai suoi obblighi reciproci prima della dichiarazione della procedura concorsuale, il suo credito sarà incluso nel passivo, insieme agli altri creditori. In quest'ultimo caso sosteniamo che la parte *in bonis*, ai fini della tutela collettiva, non può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1124 CC), sia che ciò venga inteso come produttivo di effetti retroattivi reali, sia che venga inteso come produttivo di effetti meramente obbligatori, dovendosi, quindi, accontentarsi con che il suo credito faccia parte del passivo, con la dovuta qualificazione.

## Conclusioni

La conseguenza dell'articolo 157 TRLCOn – inclusione del credito o debito corrispondente al debitore insolvente nella massa attiva o nel passivo della procedura concorsuale – si spiega perché le parti in questo caso non sono più reciprocamente debitori e creditori, per cui la loro relazione non è protetta in modo speciale nella procedura concorsuale, includendosi dal precetto la regola generale che si applicherebbe a qualsiasi contratto che non sia sinallagmatico. Sebbene in questo caso dell'articolo 157 TRLCOn – contratti con obblighi reciproci in attesa di esecuzione da parte di una delle parti al momento della dichiarazione della procedura concorsuale – sia incluso il regime generale, riteniamo che l'applicazione di questo articolo debba essere limitata ai contratti in esso menzionati, perché la sua estensione ai contratti non sinallagmatici eccederebbe la sua portata: al creditore di questi ultimi gli è applicabile l'articolo 251.1 del TRLCOn, che stabilisce che tutti i crediti nei confronti del debitore alla data della dichiarazione della procedura concorsuale saranno integrati di diritto nel passivo, a meno che siano considerati come «credito prededucibile».

**XVIII.** L'articolo 158 TRLC si riferisce ai contratti in cui al momento della dichiarazione della procedura concorsuale ci sono obbligazioni reciproche in attesa di essere eseguite sia dal debitore insolvente, sia dalla parte *in bonis*. La disposizione stabilisce che entrambe le parti devono eseguire le prestazioni impegnate, e quelle a cui è obbligato il debitore insolvente sono a carico della massa (prededucibili). Anche se una parte della dottrina stabilisce che gli obblighi reciproci possono essere in attesa di esecuzione da entrambe le parti o perché il contratto da cui nasce è un contratto ad esecuzione istantanea e non è stato ancora eseguito dalle parti contraenti, o perché si tratta di un contratto ad esecuzione continuata che è stato eseguito da entrambe le parti prima della dichiarazione della procedura concorsuale, ma che si prevede di eseguire anche in futuro, consideriamo per quanto riguarda quest'ultimo caso che ci possono essere contratti ad esecuzione continuata in cui dopo della dichiarazione della procedura concorsuale ci sono solo obblighi in attesa di esecuzione da una delle parti. Cioè, non perché al momento della dichiarazione della procedura concorsuale sia in vigore un contratto ad esecuzione continuata si applica automaticamente l'articolo 158 TRLCOn, dato che sarà necessario determinare se ci sono obblighi reciproci in attesa di

adempimento da entrambe le parti, essendo questa la base per l'applicazione del precetto citato.

**XIX.** L'articolo 158 TRLCon stabilisce che gli obblighi del debitore insolvente saranno a carico della massa (prededucibili), giustificandosi questa soluzione perché la parte *in bonis* deve continuare ad adempiere i suoi obblighi verso il debitore insolvente, per cui sarebbe iniquo esigerli il pieno adempimento e in cambio includere i suoi crediti nel passivo. La dichiarazione automatica della validità dei contratti non completamente eseguiti da entrambe le parti, determinata dalla suddetta disposizione, differisce dalle soluzioni adottate da altri paesi europei, dove esiste un diritto di opzione da parte del curatore in quanto al mantenimento o alla risoluzione di questo tipo di contratto.

Le prestazioni prededucibili sono quelle successive alla dichiarazione della procedura concorsuale, nei casi di contratti ad esecuzione continuata. Questo tipo di contratto è caratterizzato da un funzionamento speciale di sinallagmaticità, che conferisce indipendenza alle prestazioni, permettendo la soddisfazione delle parti durante la loro esecuzione. Questa indipendenza delle prestazioni giustifica un trattamento differente tra quelle dovute e non adempiute dal debitore insolvente prima della dichiarazione della procedura concorsuale e quelle successive a tale dichiarazione: solo queste ultime saranno prededucibili, mentre la soluzione dell'articolo 157 del TRLCon si applica alle prime, integrandosi, in conseguenza, nel passivo.

Nel caso di contratti ad esecuzione istantanea con prestazioni frazionate e differite, non possiamo applicare la soluzione di cui sopra, dato che tali prestazioni corrispondono a un'unica obbligazione, non essendo suscettibili di una soddisfazione indipendente. Così, poiché le prestazioni in questo tipo di contratto non hanno autonomia e la loro esecuzione non soddisfa l'interesse della controparte, l'intero credito della parte *in bonis* sarà prededucibile.

**XX.** Se il contratto è in attesa di essere eseguito da entrambe le parti contraenti dopo la dichiarazione della procedura concorsuale, le eccezioni di contratto non eseguito (*exceptio non adimpleti contractus*) e di contratto non eseguito regolarmente o in tempo utile (*exceptio non rite adimpleti contractus*) possono essere sollevate. Per



## Conclusioni

quanto riguarda l'eccezione del rischio di inadempienza, di cui agli articoli 1129-1° e 1467 CC, riteniamo che non sia opportuno eseguirla all'interno della procedura concorsuale, poiché esiste un'incompatibilità tra detta eccezione (regime generale) e l'articolo 158 TRILCon (regime speciale). Quest'ultimo precetto determina che la dichiarazione della procedura concorsuale non pregiudica la validità del contratto con obbligazioni reciproche in attesa di esecuzione e che entrambe le parti devono eseguire le obbligazioni impegnate (cioè negli stessi termini stabiliti nel contratto), di modo che non è possibile in una situazione di procedura concorsuale per la parte *in bonis* considerare scaduto il termine convenuto a favore del debitore insolvente (art. 1129-1° CC), né può omettere l'esecuzione delle sue obbligazioni (art. 1467 CC).

**XXI.** Per quanto riguarda la relazione degli articoli 157 e 158 TRILCon con il contratto di *factoring*, bisogna notare che esistono tre relazioni obbligatorie sinallagmatiche, dipendendo che concorrano tutte o alcune di queste del tipo di *factoring* utilizzato (*factoring* senza rivalsa, *factoring* con rivalsa o *factoring* con rivalsa e senza finanziamento).

In relazione a queste relazioni obbligatorie sinallagmatiche esistenti nel contratto di *factoring*, si parte dagli obblighi del factor per determinare gli obblighi del cliente di *factoring* che sono interdipendenti di esse. Così, l'obbligo del factor di contabilizzare, incassare e gestire i crediti ceduti è reciproco all'obbligo del cliente di pagare la commissione di *factoring* – in quanto quest'ultimo remunera questo servizio di gestione o amministrazione –; l'obbligo del factor di anticipare l'importo dei crediti è reciproco all'obbligo del cliente di assumere l'inadempimento del debitore ceduto (limitato nel caso del *factoring* senza rivalsa, in cui il factor assume il mancato pagamento del debitore ceduto a causa della sua insolvenza) – perché anche se il cliente deve pagare gli interessi sugli anticipi che riceve, consideriamo che, realizzando questo servizio di finanziamento, la società di *factoring* cerca di consolidare la sua posizione, non volendo che venga diminuita se il credito ceduto non viene pagato; e l'obbligo del factor di assumere il rischio di insolvenza del debitore ceduto è reciproco all'obbligo del cliente di pagare la commissione di *factoring* – perché questa commissione remunera sia il servizio di gestione o amministrazione dei crediti ceduti che questo servizio di garanzia,

essendo il suo importo più elevato quando quest'ultimo viene fornito (nel caso del *factoring* senza rivalsa) –.

Data la forte natura strumentale della cessione dei crediti nel contratto di *factoring*, essendo il mezzo che rende possibile la prestazione dei servizi da parte del factor, non possiamo considerarla come un'obbligazione del cliente che sorge semplicemente con il contratto. Così, dato che tale cessione funziona come la spina dorsale dell'attività di *factoring*, consideriamo che l'obbligo di cedere i crediti del cliente non crea alcuna relazione sinallagmatica con un altro obbligo del factor, perchè la sua funzione è quella di servire come un canale per lo sviluppo dell'intera attività di *factoring*.

**XXII.** L'esistenza di una pluralità di obblighi reciproci nel contratto di *factoring* rende difficile determinare quali sono in attesa di esecuzione al momento della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente di *factoring*. A questo bisogna aggiungere che il contratto di *factoring* è un contratto ad esecuzione continuata, e quindi può essere in diverse fasi a seconda del momento in cui avviene quella dichiarazione: nei casi di *factoring* senza rivalsa e con rivalsa, si distinguono i casi in cui il factor ha o non ha fatto tutti gli anticipi possibili, a seconda dei limiti stabiliti nel contratto siano stati esauriti o meno.

**XXIII.** Se al momento della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente di *factoring* il factor ha effettuato tutti gli anticipi possibili – evento che può verificarsi nei casi di *factoring* senza rivalsa e *factoring* con rivalsa, dato che in entrambi i casi viene fornito il servizio di finanziamento – e i crediti anticipati sono in attesa di scadenza, l'obbligo del cliente di assumere il mancato pagamento del debitore ceduto, che sorgerebbe nel *factoring* senza rivalsa in caso di tale mancato pagamento per ragioni diverse dall'insolvenza, sarebbe in attesa di adempimento. Questa obbligazione del cliente è un'obbligazione con condizione sospensiva (artt. 1113 e 1114 CC), poiché il suo adempimento dipende da un evento futuro e incerto – tuttavia, i rapporti obbligatori condizionati esistono dal momento della conclusione del contratto costitutivo –. Dato che tutti i possibili crediti sono stati anticipati, il cliente avrà completamente adempiuto al suo obbligo di pagare la commissione di *factoring*, perchè questa viene pagata per deduzione nell'importo anticipato. Da parte del factor, l'obbligo

## Conclusioni

di contabilizzare, incassare e gestire i crediti anticipati sarebbe in attesa di adempimento, in quanto il servizio di gestione rispetto a questi crediti non sarebbe ancora stato eseguito poiché i crediti non sono ancora maturati. Nel caso del *factoring* senza rivalsa, inoltre, sarebbe in attesa di adempimento l'obbligo del factor di assumere il rischio di inadempimento a causa di insolvenza per i crediti anticipati non ancora scaduti.

L'articolo 157 del TRLCon non si applica a questo caso, poiché questo precetto si riferisce al caso in cui, al momento della dichiarazione della procedura concorsuale, una delle parti aveva adempiuto completamente con i suoi obblighi e in questo caso, sia nel caso del *factoring* senza rivalsa, sia nel caso del *factoring* con rivalsa, questa circostanza non si verifica, perchè ogni parte ha almeno un obbligo reciproco in attesa di adempimento. Neanche l'articolo 158 del TRLCon è applicabile, dato che richiede l'esistenza nel contratto di obblighi reciproci in attesa di adempimento da entrambe le parti al momento della dichiarazione della procedura concorsuale, e sebbene in questo caso ci siano obblighi pendenti sia del factor, sia del cliente di *factoring*, questi non sono reciproci, perchè non sono interdipendenti tra loro. Di conseguenza, riteniamo che in questo caso si debba applicare il regime generale del TRLCon. Così, gli obblighi di contabilità, riscossione e gestione del factor e l'assunzione del rischio di insolvenza – quest'ultimo nel caso del *factoring* senza rivalsa – saranno integrati nella massa attiva (art. 192.1 TRLCon), e l'obbligo di restituzione del cliente insolvente – contenuto dell'assunzione del mancato pagamento del debitore ceduto – sarà integrato nel passivo (art. 251.1 TRLCon), concretamente come credito contingente ordinario, dato che è sotto condizione sospensiva (art. 261.3 TRLCon).

**XXIV.** Riferendoci di nuovo al *factoring* senza rivalsa e con rivalsa, al momento della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente il factor non ha ancora effettuato tutti gli anticipi possibili perché i limiti stabiliti nel contratto non sono stati superati, il factor avrà questa obbligazione pendente corrispondente al servizio di finanziamento, con l'obbligo reciproco del cliente di *factoring* di assumere l'inadempienza del debitore ceduto anche pendente – nel caso del *factoring* senza rivalsa, l'inadempienza per ragioni diverse dall'insolvenza –, almeno per quanto riguarda

i crediti non ancora anticipati. Poiché gli anticipi in relazione ai crediti ceduti devono essere effettuati prima delle rispettive scadenze, il factor avrà pendente l'obbligo di contabilità, amministrazione e riscossione, così come l'obbligo di assumere il rischio di insolvenza – quest'ultimo solo in caso di *factoring* senza rivalsa – e il cliente avrà pendente l'obbligo di pagare la commissione di *factoring*, che è reciproca a questi obblighi del factor. La pendenza di questi obblighi si riferisce ai crediti non ancora anticipati.

Quindi, ci sono obblighi reciproci pendenti, sia da parte del cliente insolvente, sia da parte del factor, e per tanto l'articolo 158 TRILCon è applicabile. Di conseguenza, gli obblighi del cliente di *factoring* insolvente sono prededucibili. Il fatto che la riscossione della commissione di *factoring* (obbligo del cliente insolvente) avvenga deducendola nell'importo anticipato costituisce un meccanismo di liquidazione di un unico rapporto giuridico, che è ammesso nella la procedura concorsuale (art. 153.2 TRILCon)

**XXV.** Oltre alle diverse fasi in cui il contratto di *factoring* senza rivalsa e il *factoring* con rivalsa possono trovarsi al momento della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente, dobbiamo analizzare i casi in cui questa dichiarazione avviene mentre è in vigore un contratto di *factoring* con rivalsa e senza finanziamento o un contratto di *factoring* legato a un contratto di apertura di credito in conto corrente.

Se si produce la dichiarazione della procedura concorsuale del cliente di un contratto di *factoring* con rivalsa e senza finanziamento, in cui il factor fornisce solo il servizio di gestione o amministrazione dei crediti ceduti, in relazione ai crediti che sono in attesa di scadenza, l'obbligo di contabilità, incasso e gestione del factor rispetto ad essi sarà anche pendente. Anche l'obbligo reciproco del cliente di pagare la commissione di *factoring* sarà pendente, poiché in questo caso, in cui non c'è anticipo, la commissione viene pagata quando il factor incassa il credito dal debitore ceduto, detraendola dell'importo del credito prima di passarla al cliente di *factoring*.

Pertanto, in questo caso, ci sono obblighi reciproci in attesa di essere soddisfatti sia da parte del cliente di *factoring* insolvente, sia da parte del factor, applicandosi l'articolo 158 TRILCon. Così, la commissione di *factoring* sarà un credito del factor

## Conclusioni

prededucibile, e potrà essere riscossa mediante la spiegata detrazione, dato che si tratta di un caso di liquidazione dello stesso rapporto giuridico (art. 153.2 TRILCon).

A causa del fatto che il *factoring* con rivalsa e senza finanziamento non è di solito stabilito indipendentemente, apparendo nella pratica combinato con le modalità «senza rivalsa» o «con rivalsa» per i crediti che non soddisfano i requisiti stabiliti nel contratto, nel caso in cui in alcune di queste modalità ci siano crediti ceduti attraverso il *factoring* con rivalsa e senza finanziamento in attesa di scadenza, se al momento della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente tutti i possibili anticipi siano stati effettuati dal factor, vi sarebbero obblighi reciproci da adempiere sia da parte del factor – quello di contabilizzazione, incasso e gestione dei crediti ceduti attraverso questo tipo di *factoring* – sia da parte del cliente – quello del pagamento della commissione di *factoring* rispetto a tali crediti –. Di conseguenza, l'articolo 158 TRILCon si applicherebbe a questo caso invece della regola generale del TRILCon, lo quale significherebbe che l'obbligo del cliente di assumere il mancato pagamento del debitore rispetto ai crediti ceduti e non scaduti attraverso le modalità di *factoring* senza rivalsa o con rivalsa non sarebbe incluso nel passivo, ma in caso di tale mancato pagamento, sarebbe un credito prededucibile (art. 242.9 TRILCon).

Nel caso in cui sia dichiarata la procedura concorsuale del cliente di un contratto di *factoring* legato a un contratto di apertura di credito in conto corrente bancario – configurazione mediante la quale servizio di finanziamento è semplificato, in modo che possa essere utilizzato solo nelle modalità in cui questo servizio è fornito dal factor (*factoring* senza rivalsa e *factoring* con rivalsa) – se i crediti ceduti sono in attesa di scadenza e il cliente di *factoring* ha esaurito il credito concesso, avendo pagato tutto l'importo relativo alla commissione di *factoring*, il caso si identificherebbe con quello del factor che ha fatto tutti gli anticipi possibili al momento della dichiarazione della procedura concorsuale, e la stessa soluzione sarebbe applicabile. Nell'eventualità in cui il cliente di *factoring* al momento della dichiarazione della procedura concorsuale non avesse esaurito il credito concesso e i crediti ceduti fossero in attesa di scadenza, si applicherebbe l'articolo 158 del TRILCon.

**XXVI.** Gli articoli 160 e 161 del TRLCon permettono di risolvere i contratti in caso di inadempimento, sempre che siano contratti con obblighi reciproci in attesa di esecuzione da entrambe le parti al momento della dichiarazione della procedura concorsuale. Così, se a questo momento, ci sono obblighi reciproci nel contratto di *factoring* in attesa di esecuzione sia da parte del cliente, sia da parte del factor *in bonis*, il contratto può essere risolto a causa dell'inadempimento successivo di una di queste parti (art. 161 TRLCon). Allo stesso modo, può essere risolto per inadempienza prima della dichiarazione della procedura concorsuale, perchè si tratta di un contratto ad esecuzione continuata (art. 160 TRLCon). Il nuovo TRLCon ha precisato che questo tipo di contratto è l'unico possibile per esercitare la rescissione per inadempimento anteriore, in linea con quanto stabilito dalla Corte Suprema e in contrasto con il settore dottrinale che, sotto la LCon, considerava possibile la rescissione dei contratti ad esecuzione istantanea con obblighi reciproci in attesa di esecuzione da entrambe le parti per inadempimenti precedenti alla dichiarazione della procedura concorsuale.

L'inadempimento che dà luogo a questa risoluzione nella procedura concorsuale richiederà le stesse condizioni richieste dalla giurisprudenza per la risoluzione per l'inadempimento nel Diritto comune (art. 1124 CC), e dovrà quindi essere un inadempimento di un'obbligazione principale, vera e propria, grave, essenziale e definitiva, che genera la frustrazione dello scopo del contratto. Tuttavia, i contratti di *factoring* di solito includono una clausola di risoluzione in caso di inadempimento da parte del cliente di uno qualsiasi degli obblighi specificati nel contratto, ciò significa che se il contratto di *factoring* ha obblighi reciproci in attesa di adempimento da entrambe le parti e c'è un inadempimento da parte del cliente, il factor può risolvere il contratto applicando la clausola di risoluzione in questione, senza la necessità di dimostrare che i requisiti giurisprudenziali per la risoluzione sono soddisfatti. Questo perché la clausola del regolamento contrattuale attribuisce forza risolutiva all'inadempimento a cui si riferisce (art. 1255 CC).

L'articolo 162 TRLCon richiede che l'azione di rescissione del contratto per inadempienza sia esercitata davanti al giudice dell'insolvenza. Pertanto, se l'inadempimento proviene dal cliente di *factoring* insolvente, il factor *in bonis* per risolvere il contratto per questa causa deve esercitare l'azione davanti al giudice

## Conclusioni

del'insolvenza, che si baserà sulla clausola di risoluzione espressamente concordata. Se l'inadempimento fosse del factor *in bonis*, è il cliente insolvente chi deve esercitare l'azione di rescissione davanti al giudice dell'insolvenza, con l'autorizzazione del curatore, se è in regime di intervento. Se è in regime di sospensione l'azione deve essere esercitata dal curatore.

**XXVII.** Anche se esiste una causa di rescissione, l'articolo 164 TRLCOn autorizza il giudice ad acconsentire all'adempimento del contratto se l'interesse della procedura concorsuale lo richiede. In questo caso, il precetto determina che le prestazioni dovute o da effettuare da parte dell'insolvente saranno prededucibili. Questo potere del giudice dell'insolvenza di impedire la risoluzione del contratto per inadempimento è possibile sia nel caso in cui sia richiesto dal factor *in bonis* che dal cliente insolvente o dal curatore, nonostante il fatto che dalla formulazione letterale della disposizione si possa capire che si riferisce solo al primo caso. Il giudice può, d'ufficio, valutare l'interesse della procedura concorsuale per impedire la risoluzione del contratto e stabilire la sua esecuzione. Secondo la giurisprudenza, l'interesse di questa procedura si riferisce a ciò che meglio si adatta allo scopo della stessa, che è la soddisfazione dei crediti e la continuazione dell'attività commerciale del debitore insolvente, ed è quindi una realtà astratta che deve essere valutata in ogni caso specifico.

Sebbene l'interesse della procedura concorsuale all'esecuzione del contratto possa essere valutato dal giudice d'ufficio, nel caso in cui il factor *in bonis* chieda la risoluzione del contratto per inadempimento del cliente insolvente, se il contratto è utile e conveniente per la procedura concorsuale, il cliente di *factoring* o il curatore devono opporsi a tale risoluzione. Se non lo fanno potrà prodursi un cambio del regime di intervento al regime di sospensione (art. 108.1 TRLCOn) o la sostituzione del curatore, in caso di sospensione (art. 100.1 TRLCOn), per non aver agito secondo gli interessi della procedura concorsuale, e indipendentemente dal fatto che il giudice dichiari l'adempimento del contratto. Allo stesso modo, se l'inadempimento si produce dal factor *in bonis*, se il contratto risulta conveniente per la procedura concorsuale, il cliente di *factoring* insolvente o il curatore devono esercitare l'azione di adempimento e non di risoluzione, poiché in quest'ultimo caso, sebbene il giudice fissi all'adempimento del

contratto nell'interesse della procedura concorsuale applicando questo articolo 164 TRLCon, si potrebbe concordare il cambiamento del regime di intervento del cliente insolvente al regime di sospensione (art. 108.1 TRLCon) o la sostituzione del curatore, se il cliente insolvente fosse in regime di sospensione ed fosse evidente che la risoluzione del contratto di *factoring* fosse contraria all'interesse della procedura concorsuale (art. 100.1 TRLCon), perché, come nel caso precedente, non si avrebbe agito secondo gli interessi della procedura concorsuale.

**XXVIII.** La conseguenza del fatto che il giudice concordi l'esecuzione del contratto anche se c'è una causa di risoluzione è che le prestazioni dovute o da eseguire dalla parte insolvente saranno prededucibili (art. 164 TRLCon *in fine*). Anche se la formulazione letterale della disposizione dà adito a dubbi sul fatto che siano prededucibili soltanto le prestazioni successivi alla dichiarazione della procedura concorsuale oppure la totalità di quelle, la Corte Suprema si è pronunciata a favore di quest'ultima interpretazione, considerando che se non fosse così la disposizione sarebbe una ripetizione dell'articolo 158 TRLCon e sarebbe superflua. Così, se si concorda di eseguire nell'interesse della procedura concorsuale un contratto di *factoring* in cui c'erano prestazioni dovute e non eseguite dal cliente insolvente prima della procedura, tale prestazioni, che sarebbero parte del passivo perché erano precedenti alla procedura concorsuale in un contratto ad esecuzione continuata, passeranno a classificarsi come credito prededucibile. La Corte Suprema basa questa qualificazione come una sorta di compensazione o garanzia a favore della parte *in bonis*, che viene espropriata del suo potere di risolvere ed è costretta a rimanere vincolata.

Nel caso in cui il giudice abbia concordato l'esecuzione del contratto applicando questo articolo 164 TRLCon, se si verifica un successivo inadempimento, comprendiamo che la parte adempiente potrebbe nuovamente esercitare la risoluzione del contratto per inadempimento e il giudice potrebbe concordare nuovamente l'esecuzione del contratto in considerazione dell'interesse della procedura concorsuale, sempre che la massa fosse sufficiente. Riguardo a quest'ultimo, anche se c'è un interesse nella procedura concorsuale, se la massa è insufficiente per soddisfare i crediti che sorgerebbero dall'esecuzione del contratto, il giudice non potrà acconsentire a



## Conclusioni

mantenere il contratto, poiché ci sarebbe una certa consapevolezza che verrebbe nuovamente inadempito.

**XXIX.** Se il giudice non concorda l'esecuzione del contratto nell'interesse della procedura concorsuale (art. 164 TRILCon), dichiarando la risoluzione per inadempimento, l'articolo 163 TRILCon stabilisce gli effetti che questo produce. In primo luogo, la risoluzione per inadempimento dà luogo a un effetto liberatorio, poiché provoca l'estinzione delle obbligazioni in attesa di scadenza, disvincolando così le parti dallo specifico contratto. Relazionando questo effetto con il contratto di *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri – modalità utilizzata nella pratica corrente –, per quanto riguarda i crediti ceduti ma non sorti al momento della risoluzione per inadempimento, questi faranno parte della massa attiva, perchè sebbene la conclusione del contratto secondo questa formula produca la cessione dei crediti affetti dall'operazione, questi crediti non fanno parte del patrimonio del factor fino al momento della loro nascita. Così, se il contratto viene rescisso senza che questa circostanza si verifichi, seguirà il risultato descritto sopra.

In secondo luogo, per quanto riguarda gli obblighi scaduti, l'articolo 163 TRILCon stabilisce che il credito corrispondente al creditore che ha adempiuto ai suoi obblighi contrattuali sarà incluso nel passivo, se l'inadempimento della parte insolvente fosse precedente alla dichiarazione della procedura concorsuale; e se fosse successivo a questa, il credito della parte che ha adempiuto ai suoi obblighi sarà prededucibile. Dal testo della norma si capisce che il diritto di credito riconosciuto alla parte *in bonis* è al corrispettivo pattuito, cioè si riferisce alla prestazione che il debitore insolvente avrebbe dovuto fare e non ha eseguito, quindi non condividiamo l'opinione di un certo settore dottrinale che ritiene che il credito della parte *in bonis* sia alla restituzione. Così, se la risoluzione del contratto di *factoring* viene dichiarata a causa dell'inadempienza del cliente insolvente, per quanto riguarda gli obblighi scaduti, nel caso in cui l'inadempienza del cliente sia stata precedente alla dichiarazione della procedura concorsuale, il diritto di credito del factor *in bonis* sulla prestazione non eseguita farà parte del passivo; se l'inadempienza del cliente di *factoring* è stata successiva alla dichiarazione della procedura concorsuale, il diritto di credito del factor *in bonis* sulla

prestazione non eseguita sarà prededucibile. Dalla formulazione letterale dell'articolo 163 TRLCon è chiaro che è applicabile ai contratti ad esecuzione continuata e che tratta dell'inadempimento del debitore insolvente. In caso di inadempimento della parte *in bonis*, gli effetti saranno quelli determinati dalle regole generali del Diritto comune dei contratti: se il factor *in bonis* non adempie, la risoluzione sarà *ex nunc* (gli obblighi in attesa di scadenza, e quelli scaduti ed eseguiti da una sola parte saranno estinti), integrando il diritto di restituzione e di risarcimento dei danni che può corrispondere al cliente insolvente nella massa attiva.

In terzo luogo, il secondo paragrafo dell'articolo 163 TRLCon stabilisce l'effetto indennitario, determinando che in ogni caso il credito del creditore *in bonis* deve includere il risarcimento del danno, se applicabile. Così, in caso di risoluzione del contratto di *factoring* a causa dell'inadempienza del cliente insolvente, il diritto di credito del factor *in bonis* sulla prestazione non eseguita includerà, se del caso, il risarcimento del danno, attribuendo a quest'ultimo lo stesso trattamento del primo – credito che fa parte del passivo o credito prededucibile, a seconda del momento dell'inadempienza –.

**XXX.** Sebbene non ci sia una causa di risoluzione, l'articolo 165 TRLCon permette la risoluzione dei contratti nell'interesse della procedura concorsuale, un'opzione che può essere utilizzata sempre che si tratti di contratti con obblighi reciproci in attesa di esecuzione da entrambe le parti, dato che, nonostante la formulazione letterale della disposizione – che limita questa risoluzione a «qualsiasi contratto con obblighi reciproci» – lo spirito e lo scopo della norma, a cui l'articolo 3.1 CC dà la priorità nel lavoro ermeneutico, è quello di sollevare la procedura concorsuale dall'esecuzione a spese della massa dei contratti a cui si applica l'articolo 158 TRLCon quando non sono utili o vantaggiosi, e quindi la loro risoluzione è nell'interesse della procedura concorsuale. Così, se l'articolo 158 TRLCon si applica al contratto di *factoring*, a causa dell'esistenza di obblighi reciproci in attesa di adempimento sia da parte del cliente insolvente, sia da parte del factor, ci sarà la possibilità di risolverlo se si ritiene necessario o conveniente per l'interesse della procedura concorsuale. Secondo la giurisprudenza, questo concetto si riferisce a ciò che è più adatto allo scopo perseguito

## Conclusioni

nella procedura concorsuale, che è la soddisfazione dei crediti e la continuazione dell'attività commerciale del debitore.

Nei casi di *factoring* senza rivalsa e con rivalsa, se l'attività economica del cliente insolvente continua, consideriamo che è favorevole mantenere il contratto, dato che il servizio di finanziamento prestato in queste modalità sarà utile alla procedura concorsuale, e il costo degli interessi e delle commissioni coinvolte nella sua esecuzione è inferiore a quello di altri contratti di finanziamento alternativi. Tuttavia, nel caso del *factoring* con rivalsa e senza finanziamento, dato che viene fornito solo il servizio di gestione o amministrazione, siamo dubbiosi su la convenienza del mantenimento del contratto.

**XXXI.** I soggetti legittimati a richiedere la risoluzione nell'interesse dell'insolvenza sono la parte insolvente, in caso di regime di intervento, e il curatore, in caso di regime di sospensione. Non condividiamo l'interpretazione dottrinale che intende che l'autorizzazione del curatore sia necessaria nel caso di regime di intervento, dato che l'articolo 165 TRLCOn non lo richiede. Questo si spiega con il fatto che il curatore sarà a conoscenza di questa richiesta di risoluzione e si pronuncerà su di essa.

Così, se il cliente di *factoring* insolvente – regime di intervento – o il curatore – regime di sospensione – ritiene che la risoluzione del contratto sia conveniente per l'interesse della procedura concorsuale, presenterà una richiesta di risoluzione davanti al giudice dell'insolvenza, avvalendosi del canale per le procedure di insolvenza incidentali (art. 165.3 TRLCOn). Tuttavia, l'articolo 163.2 TRLCOn permette a questi legittimati, prima di interporre la procedura di insolvenza incidentale, di richiedere una comparizione davanti al giudice dell'insolvenza, in cui saranno convocati il cliente insolvente, il curatore e il factor *in bonis*. Se c'è un accordo in questa apparizione per quanto riguarda la risoluzione e i suoi effetti, il giudice risolverà il contratto nell'interesse della procedura concorsuale, in conformità con quanto concordato. Se c'è accordo sulla risoluzione, ma disaccordo sui i suoi effetti, comprendiamo che, dopo interposto la procedura di insolvenza incidentale corrispondente, il giudice dovrebbe limitarsi a determinare gli effetti in conformità con le disposizioni dell'articolo 165.3 TRLCOn, essendo questa la materia del contendere. Non siamo quindi d'accordo con il

settore dottrinale che intende che il giudice in questo caso deve pronunciarsi anche sull'opportunità della risoluzione nell'interesse della procedura concorsuale anche se le parti intervenute sono d'accordo su questo aspetto.

Gli effetti della risoluzione nell'interesse della procedura concorsuale, se si è tenuta una comparizione davanti al giudice dell'insolvenza con pieno accordo tra le parti, saranno quelli stabiliti in essa. Nel caso in cui non ci sia accordo nella comparizione per quanto riguarda la risoluzione e i suoi effetti, e interponga la procedura di insolvenza incidentale, o se non si richiede la comparizione perché si decide di interporre essa direttamente la, il giudice deciderà sulla risoluzione richiesta e stabilirà le opportune restituzioni e il risarcimento corrispondente al factor *in bonis*, essendo entrambi concetti prededucibili (artt. 165.2 e 165.3 TRLCon). Per quanto riguarda «le opportune restituzioni», essendo il contratto di *factoring* un contratto ad esecuzione continuata, sarà risolto con effetti *ex nunc*, per cui l'obbligo di restituzione avrà luogo solo rispetto alle prestazioni effettuate da una parte e non corrisposte dall'altra. Per quanto riguarda il «risarcimento corrispondente», i danni da risarcire alla parte *in bonis* sono quelli causati dalla mancata esecuzione del contratto, che devono essere provati da quest'ultima. Se al momento della risoluzione nell'interesse della procedura concorsuale del contratto di *factoring* esistono crediti non scaduti che sono stati anticipati dal factor *in bonis*, riteniamo che sia dovuto un indennizzo a suo favore, poiché l'assunzione del mancato pagamento del debitore ceduto in attesa dell'adempimento da parte del cliente di *factoring* rispetto a tali crediti (limitata nel caso del *factoring* senza rivalsa), essendo un'obbligazione non ancora scaduta, si estinguerà con la risoluzione del contratto, il che comporta che il rischio di mancato pagamento del debitore ceduto sarà assunto dal factor. A causa del fatto che la risoluzione ha effetto liberatorio, nel caso del *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri, i crediti ceduti ma non sorti al momento della cessazione faranno parte della massa attiva della procedura concorsuale del cliente di *factoring*.

Il TRLCon non specifica un limite di tempo per richiedere la risoluzione nell'interesse della procedura concorsuale, quindi interpretiamo che può essere richiesta in qualsiasi momento, dato che, a nostro parere, l'interesse della procedura concorsuale è di natura dinamica e circostanziale.

## Conclusioni

**XXXII.** L'articolo 156 stabilisce il principio generale di validità dei contratti, qualificando come inefficaci le clausole che stabiliscono la facoltà di risoluzione o l'estinzione del contratto per il solo motivo della dichiarazione di insolvenza di una delle parti, che «si considerano non scritte». Questo tipo di clausole sono presenti in alcuni contratti di *factoring* della pratica, anche se non si riferiscono letteralmente alla dichiarazione di insolvenza, ma piuttosto a situazioni in cui si verifica l'ipotesi oggettiva o a circostanze che possono essere collegate a tale dichiarazione (artt. 2 e 106 TRLCon), il che a nostro avviso non impedisce l'effetto della suddetta disposizione.

L'articolo 156 TRLCon è collegato all'articolo 159 TRLCon, che regola i cosiddetti «casi speciali», stabilendo eccezioni al principio generale di validità dei contratti. Facendo riferimento alla prima sezione di questo articolo 159 TRLCon, ammette l'esercizio nella procedura concorsuale del diritto di risolvere unilateralmente il contratto in conformità con la Legge. Anche se per quanto riguarda il *factoring* non esiste una norma che riconosca tale facoltà, riteniamo che se il contratto ha una durata indefinita potrebbe essere estinto nella procedura concorsuale mediante risoluzione unilaterale, in virtù del principio che divieta dei vincoli giuridici di carattere perpetuo, che permette la risoluzione unilaterale di contratti ad esecuzione continuata di durata indefinita.

**XXXIII.** Per quanto riguarda il diritto alla riabilitazione dei contratti, comprendiamo che il contratti di *factoring* non è riabilitabile, sebbene l'articolo 166.1 TRLCon stabilisca questa possibilità per «i contratti di credito, prestito e altri contratti di finanziamento». Anche se nei tipi di *factoring* senza rivalsa e con rivalsa, il servizio di finanziamento è presente, insieme al servizio di gestione o amministrazione (che include la contabilità dei crediti ceduti) e il servizio di garanzia – quest'ultimo nel caso del *factoring* senza rivalsa – è questa pluralità di servizi ciò che implica che il *factoring* supera la categoria di «contratto di finanziamento» e, pertanto, non integra il presupposto dell'articolo 166 TRLCon.

**XXXIV.** L'ormai abrogato articolo 878.II CCom dichiarava nulli tutti gli atti di amministrazione e disposizione compiuti dal debitore insolvente dopo il momento in cui gli effetti della procedura concorsuale erano retroattivi. La formulazione originale del

terzo e quarto comma della terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, aveva lo scopo di salvaguardare il contratto di *factoring* da questa retroazione assoluta, sia in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del cliente-cedente, sia in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del debitore ceduto.

La terza disposizione finale della Ley 30/2007, del 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha modificato la suddetta terza disposizione addizionale, adattando il suo terzo e quarto paragrafo al sistema di reintegrazione contenuto nella LCon, essendo questo il sistema attualmente in vigore, anche se i riferimenti normativi alla LCon si intendono fatti ai corrispondenti precetti del TRLCon (seconda disposizione addizionale TRLCon).

**XXXV.** Il testo originale del terzo comma della terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, escludeva le cessioni di credito affette dalla norma della nullità stabilita nell'articolo 878.II CCom in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del cedente (cliente di *factoring*). La modifica di questa sezione, fatta dalla terza disposizione finale della Ley 30/2007, del 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha eliminato questo regime speciale. Questo si basava sulla promulgazione della LCon, che abrogava l'articolo 878 CCom e stabiliva un nuovo sistema di reintegrazione della massa: la rescissione concorsuale, che non si basa su un regime di inefficacia indiscriminata degli atti e dei contratti realizzati dall'insolvente, ma richiede come presupposto che essi causino un pregiudizio alla massa attiva. Questo sistema di reintegrazione della massa attiva, attualmente regolato negli articoli da 226 a 237 del TRLCon, evita gli inconvenienti che la formulazione originale del terzo paragrafo che stiamo trattando cercava di evitare – gli effetti perniciosi della retroazione assoluta in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del cedente –, rendendo così inutile un regime eccezionale. Così, attualmente, le cessioni di credito derivate da contratti di *factoring* a cui si applica questa terza disposizione aggiuntiva sono soggette al regime della rescissione concorsuale e non sono protette. La nuova formulazione della disposizione, che stabilisce l'assunzione di queste cessioni al regime comune di rescissione concorsuale, deve essere interpretata come un chiarimento e una rottura del regime eccezionale stabilito nella sua formulazione originale.

## Conclusioni

In considerazione di quanto sopraesposto, non riteniamo corretto che l'Anteproyecto de Ley de Código Mercantil stabilisca che, in caso di dichiarazione della procedura concorsuale del cedente, le cessioni di credito derivate da un contratto di *factoring* saranno rescindibili solo nel caso in cui il cedente e il cessionario abbiano agito in malafede (art. 557-13 in relazione all'art. 577-3), poiché l'attuale rescissione concorsuale rende inutile un regime eccezionale, non avendo questa norma fondamento alcuno.

**XXXVI.** L'attuale formulazione del paragrafo relativo alla procedura concorsuale del cedente nella terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, sottopone le cessioni di crediti derivati dai contratti di *factoring* a cui si applica la stessa al regime comune di rescissione concorsuale. Secondo le disposizioni dell'articolo 226 del TRLCon, qualsiasi atto pregiudizievole per la massa attiva compiuto dal debitore nei due anni precedenti la data della dichiarazione della procedura concorsuale sarà rescindibile. Il concetto di «atto» deve essere inteso in senso ampio, in modo che siano rescindibili sia le cessioni di crediti derivanti dal contratto di *factoring* che il contratto di *factoring* stesso. Questo dipenderà da come si configura la cessione dei crediti, poiché se si tratta di un contratto di *factoring* preliminare o preparatorio per le successive cessioni, la rescissione concorsuale potrebbe essere esercitata sia contro le cessioni di crediti, essendo questi atti di esecuzione del contratto, dato che avvengono dopo la sua conclusione e nel suo adempimento, sia contro il contratto di *factoring* stesso. La decisione in questo caso dipenderà dal momento in cui questi «atti» sono stati compiuti, dato che il limite di tempo stabilito nell'articolo 226 del TRLCon dovrà essere preso in considerazione. Tuttavia, se si tratta di un contratto di *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri, la rescissione concorsuale deve essere esercitata contro il contratto stesso, poiché la cessione si produce con la sua conclusione.

Dato che il *factoring* come cessione globale anticipata di crediti futuri è il tipo di *factoring* utilizzato nella pratica corrente, ci concentriamo per tanto sul contratto di *factoring* come atto rescindibile. Riteniamo che, dati i vantaggi che offre al cliente (che sono aumentati nel caso del *factoring* senza rivalsa, perchè in questo tipo di *factoring* è il factor che assume il rischio di insolvenza del debitore ceduto), non può essere

classificato come un «atto pregiudizievole per la massa attiva», a condizione che la commissione di *factoring* e gli interessi stipulati siano in linea con i normali tassi di mercato.

Sebbene esista un settore dottrinale che comprende che il contratto di *factoring* rientra nell'articolo 230.1° TRLCon, considerandolo quindi esente dalla rescissione concorsuale, a nostro avviso non rientra nel suddetto precetto in caso della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente, in quanto non consideriamo l'operazione di *factoring* come un atto della sua attività commerciale, ma come un atto strumentale allo sviluppo di quest'ultima.

**XXXVII.** Se, nell'ambito della procedura concorsuale del cliente di *factoring*, l'azione di rescissione concorsuale si esercita contro il contratto che dà origine ai crediti ceduti – cioè contro il contratto che lega il cliente di *factoring* al debitore ceduto –, nel caso in cui tale rescissione sia accolta, si produrranno gli effetti del primo e secondo comma dell'articolo 235 del TRLCon: l'inefficacia del contratto impugnato e la restituzione delle prestazioni già effettuate, colpendo così indirettamente il contratto di *factoring*, dato che il factor non potrà esigere il pagamento dei crediti dal debitore ceduto. Così, se il contratto che dà origine ai crediti ceduti è risolto, riteniamo che il factor possa esigere la responsabilità *veritas nominis* al cliente di *factoring* insolvente (artt. 1529 CC e 348 CCom), avendo diritto ad essere incluso nel passivo della procedura concorsuale come creditore dell'importo corrispondente.

**XXXVIII.** Il testo originale del quarto comma della terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, escludeva dal regime di retroazione stabilito nell'abrogato articolo 878.II CCom ai pagamenti effettuati dal debitore ceduto al cessionario (factor), anche se permettendo al curatore di esercitare l'azione di retroazione su quei pagamenti contro il cedente, contro il cessionario o contro entrambi allo stesso tempo, se provava che qualcuno di loro o entrambi conoscevano lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del anticipato effettuato dal cessionario al cedente. Dopo la modifica di questo paragrafo da parte della terza disposizione finale della Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, si continua a riconoscere questo regime eccezionale, stabilendo che i pagamenti effettuati dal



## Conclusioni

debitore ceduto al cessionario (factor) non sono soggetti alla rescissione concorsuale, con due eccezioni in cui questa azione speciale di rescissione è ammessa: la prima – introdotta dall'emendamento di cui sopra – quando i pagamenti effettuati dal debitore ceduto al cessionario corrispondano a debiti con scadenza successiva alla procedura concorsuale; e la seconda, quando si provi che il cedente o il cessionario conoscevano la situazione di insolvenza del debitore ceduto alla data dell'anticipo fatto dal cessionario al cedente. Come nella formulazione originale, questo quarto paragrafo prevede, *in fine*, che «tale revoca non pregiudica il cessionario, salvo se espressamente concordato», il che debbe essere interpretato nel senso che il cessionario può recuperare dal cedente l'importo restituito alla massa attiva, tranne nel caso di *factoring* senza rivalsa.

Questa attuale formulazione del quarto comma della terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, è, a nostro avviso, infondata, poiché se si applicasse il regime generale concorsuale ai pagamenti effettuati dal debitore ceduto al cessionario, questi sarebbero rescindibili solo se fossero pregiudizievoli per la massa attiva e fossero stati effettuati nei due anni precedenti la data della dichiarazione della procedura concorsuale (art. 226 TRLCon). Per quanto riguarda il requisito del pregiudizio, l'articolo 227 TRLCon stabilisce la presunzione assoluta di pregiudizio patrimoniale quando si tratta di pagamenti anticipati di obblighi che scadono dopo la dichiarazione della procedura concorsuale – incorporata come eccezione nel citato quarto paragrafo della terza disposizione addizionale – e, per quanto riguarda i pagamenti dovuti, scaduti ed esigibili, la giurisprudenza determina che sono pregiudizievoli quando sono stati effettuati in situazione di insolvenza del debitore e con vicinanza alla richiesta e alla dichiarazione della procedura concorsuale, essendo la natura del credito e la condizione del creditore circostanze che possono anche determinare che tale pagamento sia pregiudizievole. Così, l'attuale formulazione del quarto paragrafo della terza disposizione addizionale di cui ci stiamo occupando ha come conseguenza che i pagamenti dovuti, scaduti ed esigibili, che fossero pregiudizievoli per la massa attiva e che fossero effettuati dal debitore ceduto entro il periodo sospetto stabilito nell'articolo 226 TRLCon non possano essere rescinditi, il che concede alle entità di *factoring* un trattamento favorevole, a nostro avviso ingiustificato. Questo ci porta a considerare che

questo quarto comma dovrebbe essere modificato nello stesso senso del terzo comma: stabilendo l'applicazione del regime comune della rescissione concorsuale.

**XXXIX.** La complessità del contratto di *factoring*, che presenta diverse modalità e due modi diversi di inserire la cessione dei crediti, rende difficile il compito del curatore in relazione all'inclusione dei crediti ceduti nella massa attiva del cliente di *factoring* insolvente (art. 198.1 TRLCon). Nel caso del *factoring* con rivalsa e senza finanziamento, se il curatore ha incluso i crediti ceduti attraverso questa modalità nella massa attiva del cliente di *factoring* insolvente, il factor non potrà rivendicarli esercitando l'articolo 239 TRLCon, dato che questo tipo di *factoring* non produce una cessione piena, integrando i crediti ceduti il patrimonio del cliente di *factoring* insolvente. Tuttavia, nei casi di *factoring* senza rivalsa e di *factoring* con rivalsa, entrambi producono effetti di trasferimento pieno, di modo che se i crediti ceduti mediante queste modalità si includono nella massa attiva del cliente di *factoring* insolvente, il factor può esercitare la domanda di rivendicazione dell'articolo 239 TRLCon. Se queste due modalità (*factoring* senza rivalsa e *factoring* con rivalsa) sono state stabilite nel contratto con la formula della cessione globale anticipata di crediti futuri, il contratto soddisfa i requisiti specificati nella terza disposizione addizionale della Ley 1/1999, de 5 de enero, ed è stato stipulato prima della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente, i crediti oggetto a questi tipi di contratti di *factoring* non dovrebbero far parte della massa attiva, dato che il secondo paragrafo della terza disposizione addizionale citata stabilisce l'efficacia delle cessioni di crediti a cui si riferisce «a partire dalla data di conclusione del contratto di cessione», e attraverso la formula del *factoring* come cessione globale anticipata, la cessione dei crediti si produce con la conclusione del contratto. Se, nelle circostanze sopra descritte, i crediti si includessero nella massa attiva della procedura concorsuale del cliente di *factoring* insolvente, il factor ha il diritto di rivendicarli (art. 239 TRLCon). Tuttavia, nel caso in cui le modalità senza rivalsa e con rivalsa siano stabilite in un contratto preliminare di *factoring* o preparatorio di cessioni successive, il factor può rivendicare solo i crediti che erano stati accettati da lui prima della dichiarazione della procedura concorsuale del cliente di *factoring*, integrando i crediti specificati nel contratto che non soddisfano questo requisito nel patrimonio del debitore insolvente.

## **Conclusioni**

Per quanto riguarda l'esercizio della domanda di rivendicazione, riteniamo che il ricorso al curatore a cui si riferisce l'articolo 239.1 TRLCon non è un requisito procedurale, potendo il factor esercitarla direttamente. Tale domanda non è soggetta alla previa impugnazione dell'inventario, potendo essere esercitata in qualsiasi momento, pur tenendo conto della natura e del carattere del diritto su cui si basa.



## BIBLIOGRAFÍA

### A

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I: Parte general y Derecho de obligaciones, 2ª edición, Barcelona, 1972.
  - *Derecho Civil I*, Volumen II: La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 14ª edición, Barcelona, 1996.
- ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996.
  - *Factoring y quiebra*, Madrid, 2000.
  - «Artículo 71. Acciones de reintegración», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcover Garau), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 767-776.
- ALESSI, R. y MODICA, L., «La cessione dei crediti di impresa e il factoring», AA.VV., *La circolazione del crédito*. Tomo I (dir. Rosalba Alessi y Vincenzo Mannino), Padova, 2008, pp. 1097-1176.
- ALONSO LEDESMA, C., «Elementos personales: el factor», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 253-276.
- ALONSO-MUÑUMER, M.E. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *Novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020.
- AMORÍN PISA, M. y PÍRIZ ESPINOSA, J., «El contrato de factoring (o factoraje) en el derecho uruguayo», *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 2, 2005, pp. 157-182.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Valencia, 2018.
- ARIAS VARONA, F.J., *El Derecho de Separación en la Quiebra*, Elcano (Navarra), 2001.
  - «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcover Garau), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 827-832.
  - «El contrato de factoring», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, pp. 840-877.
  - «Administradores concursales y bienes o derechos de titularidad discutible», *Revista del REFOR*, núm. 21, marzo de 2007, pp. 11-14.
  - «Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal», AA.VV., *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerro), Madrid, 2009, pp. 241- 278.
  - «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 1ª edición, Madrid, 2016. pp. 1066-1071.
  - «Artículo 226. Acciones rescisorias de los actos del deudor», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal*, (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 1194-1201.
  - «Artículo 235. Efectos de la rescisión», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal*, (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 1226-1232.

## Bibliografía

- «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 1236-1243.
- ASECIO PASCUAL, C., *La rehabilitación de contratos de financiación*, Madrid, 2017.

## B

- BAÑULS GÓMEZ, F.A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, pp. 193-246.
  - *La insolvencia en el contrato de descuento bancario*, Madrid, 2010.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
  - «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dir. Rafael García Villaverde, Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerra), Madrid, 2002, pp. 153-175.
  - «Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1493-1524.
  - «Artículo 147. Efectos generales. Remisión», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, pp. 2358-2365.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, 2013, pp. 1546-1548.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- «Comentario al artículo 1274 del CC», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1732-1734.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.
  - «Artículo 87. Supuestos especiales de reconocimiento», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1559-1577.
  - «Artículo 112. Efectos del auto de apertura», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, pp. 2008-2015.
- BLANCO SARALEGUI, J.M., «Daños colaterales de la moratoria concursal», *La Ley Mercantil*, núm. 79, 2021, consultada la versión PDF en [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 4943/2021).
- BLASCO GASCÓ, F.P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, 2009.
- BLASCO GASCÓ, F.P. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (1)», AA.VV., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), Tomo XVIII, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 43-163.
- BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, Madrid, 2007, pp. 1751-1798.
- BRENES CORTÉS, J., «Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta,



## Bibliografía

exoneración de deudas y segunda oportunidad», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 14, 2020 (artículo 6), pp. 45-70.

- BUSSANI, M. e INFANTINO, M., *Cessione del crédito e factoring*, Milán, 2006.

## C

- CAIAFA A., «Il contratto di factoring», AA.VV., *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi* (dir. Antonio Caiafa), Roma, 2018, pp. 525-532.
- CAIAFA, A. y VALERIO, A., «I rapporti pendenti nel concorso», AA.VV., *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi* (dir. Antonio Caiafa), Roma, 2018, pp. 59-90.
- CALZOLAIO, E., «Il factoring in Belgio e in Italia: spunti per una comparazione», AA.VV., *Saggi di diritto commerciale europeo* (dir. Diego Corapi), Nápoles, 1995, pp.117-213.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Contratos de colaboración», AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 23ª edición, Madrid, 2020, pp. 499-516.
- CAMACHO PÉREZ, M.E., «Régimen aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana», *Revista e-Mercatoria*, volumen 4, núm.1, 2005, pp. 55-89.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «Contrato de factoring y contrato de descuento (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001. A.C. 526\2001)», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2001, pp. 1051-1056.

- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Contratos financieros y concurso de acreedores: leasing y seguro», AA.VV., *Los mercados financieros* (coord. Ana Belén Campuzano Laguillo, Fernando Conlledo Llantero y Ricardo J. Palomo Zurdo), 2ª edición, Valencia, 2017, pp. 117-184.
- CARNEVALI, U., «I problemi giuridici del “factoring”», *Rivista di Diritto Civile*, 1978, núm. 3, pp. 300-327.
  - «Struttura e natura giuridica del contratto di factoring», AA.VV., *Il factoring per le piccole e medie imprese* (dir. Bianca Cassandro), Milán, 1982, pp. 97-110.
- CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009.
  - «La Directiva (UE) 2019/1023 de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (I)», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo* (en línea), documento de julio de 2019, ([https://www.gap.com/wp-content/uploads/2019/07/Analisis\\_La-Directiva-UE-20191023-de-procedimientos-de-reestructuraci%C3%B3n-1.pdf](https://www.gap.com/wp-content/uploads/2019/07/Analisis_La-Directiva-UE-20191023-de-procedimientos-de-reestructuraci%C3%B3n-1.pdf)).
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo II, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 223-350.
- CASSANDRO, B., «I problemi della cessione globale al factor dei crediti di impresa: possibili soluzioni a livello contrattuale e legislativo», AA.VV., *Il factoring per le piccole e medie imprese* (dir. Bianca Cassandro), Milán, 1982, pp. 111- 122.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo tercero, Derecho de obligaciones: la obligación y el contrato en general, 17ª edición, Madrid, 2008.

## Bibliografía

- CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Barcelona, 2001.
- CLARIZIA, R., «Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza», *Europa e Diritto Privato*, Fascicolo 3, 2000, Milán pp. 851-889.
  - *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Turín, 2002.
- CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
  - «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pp. 203-228.
- COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Derecho Italiano», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 93-138.
  - «Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcover Garau) Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 616-620.
- CORDÓN MORENO, F., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 914-924.
- CUADRADO PÉREZ, C., *La cesión de créditos*, Madrid, 2014.

## D

- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5ª edición, Madrid, 1970.
  - «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. 1, Madrid, 1997, pp. 141-184.
  - «El negocio fiduciario: estudio crítico de la teoría del doble efecto», *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. II, Madrid, 1997, pp. 1045-1068.
- DE LOJENDIO OSBORNE, I.M., «Cesión de créditos e insolvencia del cedente en el artículo 22 de la convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001)», AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 1, Madrid, 2005, pp. 789-826.
- DE NOVA, G., «Il factoring a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52», AA.VV., *Factoring e cessione dei crediti. Dieci anni dopo la legge 52* (dir. Giorgio Burchi y Alessandro Carretta), Roma, 2001, pp. 3-8.
- DE TORRES ZAPATERA, M., «Derecho Inglés», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 47-74.
- DÍAZ MORENO, A., «La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2014, pp. 337-389.
  - «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2014, pp. 391-434.

## Bibliografía

- DÍEZ-PICAZO, L., «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 73, 1959, pp. 37-120.
  - «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, 1961, pp. 809-834.
  - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I: Introducción. Teoría del Contrato, 6º edición, Madrid, 2008.
  - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II: Las relaciones obligatorias, 6ª edición, Madrid, 2008.
- DÍEZ SOTO, C.M., «Resolución y concurso», AA.VV., *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. Isabel González Pacanowska y Carmen Leonor García Pérez), Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 339-396.

## E

- EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., «Factoring», *Revista de Derecho Mercantil*, nº187-188, 1988, pp. 35-92.
  - «Aspectos jurídicos del factoring», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 40, 1990, pp. 835-852.
  - «El factoring: la transmisión de los créditos», AA.VV., *Jornadas sobre factoring*, Madrid, 1992, pp. 133-151.
  - Voz «Factoring», AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica* (dir. Alfredo Montoya Melgar), Vol. II, Madrid, 1995, pp. 3046-3060.
  - «Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 250, 2003, pp. 1385-1423.

**El contrato de factoring en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., «De la transmisión de créditos y demás derecho incorporales. Artículos 1526 a 1536», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª edición, Navarra, 2013, pp. 2045-2047.
  - *Formularios prácticos. Contratos Mercantiles 2015*, Madrid, 2015.
- ESCRIBANO GAMIR, C., *Las acciones impugnatorias en la quiebra, en el marco del sistema concursal: Derecho vigente y reforma*, Cizur Menor (Navarra), 2001.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, C., «Disposición adicional segunda. Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 2, Madrid, 2004, pp. 3035-3058.

**F**

- FABRA VALLE, G., *Cincuenta contratos mercantiles*, Madrid, 1998.
- FAUCEGLIA, G., «El contrato de “factoring” en la práctica italiana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 72, 1986-1987, pp. 199-230.
- FERNÁNDEZ LARREA, I., *La separación de la masa en el concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- FERNÁNDEZ SEIJO, F., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos: especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, Barcelona, 2013.
- FÍNEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992.

## Bibliografía

- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, 1992, pp. 163-178.
- «Doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la retroacción de la quiebra en el contrato de descuento», AA.VV., *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Vol. 2, Santander, 1993, pp. 127-148.
- FLORES DOÑA, M.S., «El contrato de factoring internacional y su regulación en el Tratado Internacional UNIDROIT», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 157-229.
- FOSSATI, G., y PORRO, A., *Il factoring. Aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milán, 1974.
- FRADEJAS RUEDA, O., «Derecho comparado», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 39-47.
- FRIGNANI, A. y ROSSI, G., «Il factoring», AA.VV., *Tratato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*. Tomo III (dir. Pietro Rescigno), 2ª edición, Turín, 2000.

## G

- GALÁN LOPEZ, C., «El proceso perfectivo», AA.VV., *El contrato de factoring* (coord. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 276-296.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *El contrato de factoring*, Madrid, 1990.
  - «Notas sobre el instituto de la retroacción», AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. Juan Luis Iglesias Prada), Vol. III, Madrid, 1996, pp. 3553-3575.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- «La cesión de créditos», AA.VV., *Contratos mercantiles* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 1123-1162.
- «El contrato de “factoring”», AA.VV., *Contratos mercantiles* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 1275-1326.
- «La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, pp. 1103-1231.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, 2º edición, Madrid, 1996.
  - «Sobre la aplicabilidad del “régimen de determinadas cesiones de crédito” a negocios de cesión ajenos al factoring», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 84, 2001, pp. 171-192.
- GARCÍA MANDALONIZ, M., «La cesión de créditos en el nuevo Código Mercantil: adecuación a las exigencias de las modernas economías crediticias», AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil* (dir. María José Morillas Jarillo, María del Pilar Perales Viscasillas, Leopoldo José Porfirio Carpio), Madrid, 2015, pp. 86-114.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento*, Madrid, 1990.
- GARCÍA SOLÉ, F., «La reciente normativa sobre el factoring», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 1999, pp. 1649-1654.
  - «El factoring en la práctica. Aspectos generales», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 231-253.



## Bibliografía

- «Anexo. Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 595-606.
- «Factoring con recurso y financiación (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003)», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 2003, pp. 1607-1613.
- GARCÍA VICENTE, J.R., «Los efectos del concurso sobre la cesión “pro solvendo” de créditos futuros (notas a la STS de 27 de junio de 2003)», AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Abaladejo García (coord. José Manuel González Porrás y Fernando P. Méndez González)*, Vol. I, Madrid, 2004, pp. 1955-1968.
  - «Sentencia de 27 de junio de 2003. Cesión *pro solvendo* de créditos futuros: prenda de créditos futuros, efectos de la declaración de suspensión de pagos anterior al nacimiento del crédito cedido o pignorado. Congruencia» *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, pp. 567- 588.
  - «Artículos 61 a 63», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 669-717.
  - «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, pp. 349-362.
  - «Embargo de créditos cedidos: oponibilidad de la cesión. Sentencia de 28 de noviembre 2012 (RJ 2013, 1618)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, pp. 277-286.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- «Concurso del cedente en el contrato de *factoring* y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal», AA.VV., *La reintegración en el concurso de acreedores* (dir. José Antonio García-Cruces González), 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 433-444.
- «Concurso y contratos», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, pp. 765-807.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil* (coord. Miguel Muñoz Cervera y Ubaldo Nieto Carol), Vol. 1, Madrid, 1996, pp. 301-334.
  - «Introducción», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 1-22.
  - «Naturaleza jurídica», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 368-374.
  - «Quiebra y contrato de *factoring*», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 33, 2000, pp. 11- 38.
  - «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 491, 2001, pp. 1-6.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, 2ª edición, Madrid, 1975.
  - *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 8ª edición, Madrid, 1983.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La cesión de créditos*, Valencia, 1993.

## Bibliografía

- GIL RODRÍGUEZ, J., «Artículo 71. Acciones de reintegración», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Vol. I, Madrid, 2004, pp. 829-871.
- GÓMEZ LÓPEZ, E., «Artículo 198. Deber de elaboración del inventario», AA.VV., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. Juan Ignacio Peinado García y Enrique Sanjuán y Muñoz), Vol. II, Madrid, 2020, pp. 59-65.
- GÓMEZ MENDOZA, M., «Obligaciones de la empresa de factoring», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 296-303.
  - «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez), Tomo II, Valladolid, 2004, pp. 1193-1156.
  - «Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, pp. 2787-2829.
  - «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 117-136.
  - «La significación de la llamada rehabilitación de préstamos y de créditos en el concurso», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, pp. 995-1017.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 1526», AA.VV., *Comentarios al Código Civil: Tomo VIII (Arts. 1485 a 1759)* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, 2013, pp. 10783-10810.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Contrato de *factoring*», AA.VV., *Contratos mercantiles*. Tomo II (dir. José María de la Cuesta Rute), 2ª edición. Barcelona, 2009, pp. 1225-1282.
  - «Las acciones de reintegración», *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (dir. Fernando Martínez Sanz), Madrid, 2012, pp. 588-651.
- GUERRIERI, G., *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, Milán, 2002.
  - «Articolo 72. Rapporti pendenti», AA.VV., *Commentario breve alla legge alla legge fallimentare* (dir. Alberto Maffei Alberti), 6ª edición, Padova, 2013, pp. 455-472.
- GUGLIELMUCCI, L., *Diritto fallimentare*, 3ª edición Turín, 2006.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «El contrato de apertura de crédito», AA.VV., *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, pp. 627-671.

**H**

- HILLYER, W.H., «Four Centuries of Factoring», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 53 (2), 1939, pp. 305-311.

**I**

## Bibliografía

- IGLESIAS ESCUDERO, S., «La rescisión en sede concursal de las cesiones de créditos ligadas a las operaciones de factoring», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 162, 2014, pp. 67-90.

## J

- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «Reformas y proyectos de reformas del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro ordenamiento jurídico», AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, Valladolid, 1998, pp. 1643-1654.
- JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, pp. 115-151.

## L

- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos del Derecho civil: Derecho de obligaciones* (dir. José Luis Lacruz Berdejo), Tomo II, Vol. I, (5ª edición), Madrid, 2011.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la causa en los contratos», *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm.4, 1988, pp. 1016-1028.
- LEÓN ISLAS, O., «Instituciones de respaldo financiero para las empresas», *Comercio Exterior*, Vol. 55, núm. 11, 2005 pp. 954-970.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- LEÓN SANZ, F., «Artículo 71. Acciones de reintegración», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1297-1321.
  - «Las acciones de reintegración y el contrato de *factoring*», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, 2005, pp. 4137-4158.
- LEÓN SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A., «Concurso y *factoring*», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 2005, pp. 65-115.
- LO CASCIO, G., *Il fallimento. Rassegna di Giurisprudenza*, Milán, 2004.
- LOIS BASTIDA, F., «El contrato de descuento», *La contratación bancaria* (dir. Adolfo Sequeira Martín, Enrique Gadea Soler, Fernando Sacristán Bergia), Madrid, 2007, pp. 672-698.
- LÓPEZ CERECEDA, E., «Contrato de descuento», AA.VV., *Contratos mercantiles* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 1100-1123.
- LÓPEZ ORTEGA, R., «La prenda de créditos en el concurso. Especial referencia a la prenda de depósitos bancarios», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 45, 2008, pp. 87-119.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Madrid, 2005, pp. 4159-4174.
  - «Artículo 1274. Causa en los contratos», AA.VV., *Código Civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández), Volumen III, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 650-654.

## Bibliografía

### M

- MADRAZO LEAL, J., «Artículo 68. Rehabilitación de créditos», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1255-1272.
  - «Rehabilitación de contratos», AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal* (dir. Emilio Beltrán Sánchez y José Antonio García Cruces), Vol. 2, Pamplona, 2012, pp. 2553-2577.
- MARCO MOLINA, J., «Artículo 1528», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. Andrés Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, pp. 1668-1670.
  - «Artículo 1529», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (dir. Andrés Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, pp. 1670-1672.
- MARIMÓN DURÁ, R., «Concurso y contrato de descuento», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, pp. 809-861.
  - «Concurso y derecho de separación. Cesión de créditos», AA.VV., *Jurisprudencia y concurso* (dir. José Antonio García Cruces), Valencia, 2017, pp. 1233-1284.
- MARTÍN LEÓN, A., «Negocio fiduciario y usucapión», *Anuario Derecho Civil*, volumen 66, 2013, fascículo III, pp. 1163-1276.
- MARTÍN REYES, M.A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de las prestaciones. Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 1973», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 48, núm. 72, 1975, pp. 81-98.
  - *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995.

- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 222, 1996, pp. 1143-1200.
  - «Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 903-925.
  - «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1117-1161.
  - «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1162-1173.
  - «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, pp. 57-114.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., «Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 856-863.
  - «Artículo 159. Supuestos especiales», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 881-887.
  - «Artículo 160. Resolución por incumplimiento anterior», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 887-894.



## Bibliografía

- «Artículo 161. Resolución por incumplimiento posterior», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 894-896.
- «Artículo 163. Efectos de la resolución del contrato», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 898-904.
- «Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 911-919.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., ARIAS VARONA, J., FERNÁNDEZ GALLEGO, A., FREIRE COSTAS, R., GARNACHO CAVANILLAS, L., «Formularios usados en la práctica española», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 23-37.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, pp. 2949- 2974.
  - «El nuevo régimen de las cesiones de créditos en el concurso (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pp. 659-663.
- MONFORT FERRERO, M.J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, Valencia, 2000.
- MONTES REYES, A., «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo», AA.VV., *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Tomo II, Madrid, 1979, pp. 441-456.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- MONTSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, pp. 73-120.
- MONTSERRAT VALERO, A., TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. y LAGO MONTERO, J.M., «Los contratos ante el concurso de acreedores (2)», AA.VV., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias* (dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), Tomo XVIII, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 167-567.

**N**

- NARDO, G.N., «Art. 72. Rapporti pendenti», AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-practico* (dir. Massimo Ferro), Padova, 2007, pp. 524-530.
- NAVARRO PÉREZ, J.L., *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, 2ª edición, Córdoba, 1998.
- NEELY, D., «Factoring in United States», AA.VV., *Factoring* (dir. K.F. Hagermüller, Heinrich Johannes Sommer y Ulrich Bink), Frankfurt, 1997, pp. 379-383.
- NIGRO, A., «Osservazioni sul Codice della crisi», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Vol. 116, núm. 3, 2018, pp. 445-454.
- NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 5ª edición, Bologna, 2021.

**O**

## Bibliografía

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II: Derecho de obligaciones, 2ª edición, Madrid, 2016.
- ORBAÑANOS LLANTERO, F., «El contrato de factoring. Análisis pormenorizado de las cláusulas más frecuentes», AA.VV., *Jornadas sobre factoring*, Madrid, 1992, pp. 81-101.
- ORELLANA CANO, N., «Artículo 166. Rehabilitación de contratos de financiación», AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 919-928.
- ORTÍ VALLEJO, A., «Cesión de créditos futuros y factoring», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 1-41.

## P

- PACCHI, S., «El acuerdo para salir de la crisis. Un instrumento para cualquier deudor. Descripción de los principios básicos del derecho concursal italiano: normativa vigente y reformas futuras», AA.VV., *Estudios sobre derecho de la insolvencia*, (coord. David García Bartolomé, Stefania Pacchi, Gilberto Pérez del Blanco), León, 2016, pp. 435-468.
  - «I contratti pendenti nella legge fallimentare. Inquadramento della disciplina», AA.VV., *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi* (dir. Antonio Caiafa), Roma, 2018, pp. 3-57.
- PACHECO CAÑETE, M., *El contrato de lease-back*, Madrid, 2004.
  - «Naturaleza jurídica del leasing financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 255, 2005, pp. 83 a 110.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- PAJARDI, P. y PALUCHOWSKI, A., *Manuale di diritto fallimentare*, 7ª edición, Milán 2008.
- PALÁ LAGUNA, E., «Análisis de las modificaciones en materia concursal y societaria del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19», *Diario La Ley*, núm. 9819, 2021, consultada la versión PDF en laleydigital.es (LA LEY 3432/2021).
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, volumen 41, núm. 4, 1988, pp. 1033-1132.
  - «Artículo 1528», *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia de España*, Vol. II, Madrid, 1991, pp. 1030-1031.
- PAÑEDA USUNÁRIZ, F., «El informe de la administración concursal (I): cuestiones generales; plazo; prórroga; problemas de la masa activa», AA.VV., *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (dir. Fernando Martínez Sanz), Madrid, 2012, pp. 494-534.
- PARATORE, S., *La nuova revocatoria fallimentare*, Turín, 2006.
- PELLEGRINO G., *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Artículo 3», AA.VV., *Código Civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández), Volumen I, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 56-65.
- PÉREZ ESCOLAR, R., *El contrato de descuento*, Madrid, 1982.
- PERLINGIERI, P., *Cessione dei crediti*, Bolonia, 1982.

## Bibliografía

- POLLI, C., «Le origini del factoring», AA.VV., *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia* (dir. Alessandro Munari), Milán, 1988 pp. 113-118.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Derecho Francés», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 138-156.
  - «Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023», *Diario La Ley*, núm. 9474, 2019, consultada la versión PDF en [laleydigital.es](http://laleydigital.es) (LA LEY 10039/2019).
- PULIDO BEGINES, J.L., «El contrato de descuento», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 7º. La contratación bancaria* (coord. Guillermo Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2013, pp. 143-153.
  - «Los contratos bancarios», AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 23ª edición, Madrid, 2020, pp. 575-609.

## R

- RAGO, G., *Manuale della revocatoria fallimentare*, 2ª edición, Padova, 2006.
- RECALDE CASTELLS, A., «Contrato de Factoring y cesión de créditos», *Revista General de Derecho*, núm. 643, 1998, pp. 3983-3999.
  - «Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 26, 1998, pp. 57-104.
  - «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1441-1466.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- «Artículo 82. Formación del inventario», AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández Río y Emilio Beltrán Sánchez), Vol. 1, Madrid, 2004, pp. 1475-1488.
  - «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, 2005, pp. 4331-4346.
  - «El informe de la administración concursal (I): Estructura del informe y determinación de la masa activa», AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal* (dir. Ignacio Quintana Carlo, Angel Bonet Navarro y José Antonio García-Cruces González), Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 381-415.
- 
- REGLERO CAMPOS, L.F., «2 de febrero de 2001. Contrato de factoring y seguro de crédito. Transmisión del objeto asegurado», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 57, 2001, pp. 583-594.
  - RIESCO MILLA, J., «La cesión “pro solvendo” de créditos futuros: inmunidad a la insolvencia del cedente», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2004, pp. 464-480.
  - ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, Madrid, 1977.
  - RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «La reciprocidad caracterizadora del crédito contra la masa del art. 61.2 LC según el Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, pp. 61-67.
  - RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C., «Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor», AA.VV., *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal*

## Bibliografía

(coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno), 15ª edición, Madrid, 2014, pp. 263-312.

- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Refundición y refundación del Derecho concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, pp. 213-237.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., «Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.737, 2013, pp. 1711-1773.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «Contrato de factoring y suspensión de pagos del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, 2006, pp. 485-514.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 151, 1979, pp. 37-100.
  - «La reforma del Derecho concursal español», AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río), Madrid, 2003, pp. 88-130.
- ROMERO MATUTE, B., *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, Navarra, 2005.
  - «Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Madrid, 2005, pp. 4347-4386.
- RORDORF, R., «El proyecto de reforma del Derecho Concursal italiano», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 2016, pp. 291-308.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- RUBÉN DE LA RICA, A., «Contrato de *factoring* y quiebra», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm.25, 2004, pp. 257-278.
- RUEDA MARTÍNEZ, J.A., «Sentencia 11 de febrero de 2003: tercería de dominio. Contrato de *factoring*. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.62, 2003, pp. 711-727.
- RUOZI, R. y ROSSIGNOLI, B., *Manuale del factoring*, Milán, 1985.

**S**

- SALA REIXACHS, A., «Artículo 908», AA.VV., *Comentarios al Código de Comercio* (dir. Alberto Sala Reixachs), Tomo 3, Barcelona, 2002, pp. 2298-2301.
  - «Artículo 909», AA.VV., *Comentarios al Código de Comercio* (dir. Alberto Sala Reixachs), Tomo 3, Barcelona, 2002, pp. 2301-2308.
- SALELLES CLIMENT, J.R., «Art. 62», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Jose María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs, Agustín Ferrer Barriendos), Vol. 1, Barcelona, 2004, pp. 688-709.
  - «Art. 63», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs y Agustín Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, pp. 710-746.
  - «Art. 68», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs, Agustín Ferrer Barriendos), Vol. 1, Barcelona, 2004, pp. 811-838.
  - «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal*:



## Bibliografía

*libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, pp. 3155-3194.

- SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, pp. 99-135.
- SALINGER, F.R., *Factoring Law and Practice*, Londres, 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J., «El contrato de factoring en el Convenio Internacional de 1988», AA.VV., *Jornadas sobre factoring*, Madrid, 1992, pp. 17-33.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 17ª edición, Tomo II, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. 2, 37ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J.L., *El factoring: Garantía, financiación, servicios*, Madrid, 1972.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm.18, 2009, pp. 423-473.
  - «Los efectos del concurso sobre los contratos», AA.VV., *Regularización, aclaración y armonización de la Legislación Concursal* (dir. Ángel Rojo Fernández-Río y Ana Belén Campuzano Laguillo), Pamplona, 2018, pp. 149-196.
  - «Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el Derecho concursal español y en la Propuesta de Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

45, 2018, consultada la versión PDF en aranzadigital.es (BIB 2018\11648).

- SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997.
  - *La rescisión concursal*, Valencia, 2017.
- SANTANDREU, E., SANTANDREU, M., SANTANDREU, P., *Confirming, Factoring y Renting*, Madrid, 2000.
- SASTRE PAPIOL, S., «Artículo 80. Separación», AA.VV., *Derecho concursal práctico* (coord. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros), Madrid, 2004, pp. 429-433.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derechos y obligaciones del cliente», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 304-328.
- STEFINI, U., *La cessione del crédito con causa di garanzia*, Padova, 2007.

**T**

- TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* (dir. Franco Bricola y Francesco Galgano), Tomo I, Parte generale: art. 64-71, Bologna, 1993.
  - *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* (dir. Francesco Galgano), Tomo III, Parte speciale: art. 67, Bologna, 2003.
- TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, Cizur Menor (Navarra), 2005.

**U**

## Bibliografía

- URÍA, R., «En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal», AA.VV., *La reforma del Derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Madrid, 1982, pp. 411-428.

## V

- VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 3 del CC», AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 53-57.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 484-491.
  - «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 689-705.
  - «Artículo 62. Resolución por incumplimiento», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 705-716.
  - «Artículo 63. Supuestos especiales», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 716-721.
  - «Artículo 68. Rehabilitación de créditos», AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cerdón Moreno), Vol. 1, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 769-780.
  - «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 Ley Concursal): algunos aspectos controvertidos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, pp. 101-116.

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- VARA DE PAZ, N., «Extinción del contrato. La quiebra en particular», AA.VV., *El contrato de factoring* (dir. Rafael García Villaverde), Madrid, 1999, pp. 331-368.
- VEIGA COPO, A., «Prenda de créditos y negocio fiduciario – venta en garantía –», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 89, 2003, pp. 57-124.
- VEIGA COPO, A. y HERNÁN CARRILLO, V., «Operaciones de crédito activas (2). El contrato de descuento», AA.VV., *Contratos bancarios* (coord. Andrés Recalde Castells), Tomo X, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 199-234.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio de Derecho Mercantil*, 3ª edición, Tomo II, Barcelona, 1990.
- VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho Mercantil comparado*, 4ª edición, Zaragoza, 1960.
- VIERA GONZÁLEZ, J., «Artículo 239. Separación de bienes y derechos», AA.VV., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. Juan Ignacio Peinado García y Enrique Sanjuán y Muñoz), Vol. II, Madrid, 2020, pp. 337-343.
- VIGO, R., «“Il factoring”», AA.VV., *I contratti per l’impresa*, 2ª edición (dir. Gregorio Gitti, Marisaria Maugeri y Mario Notari), Bolonia, 2012, pp. 195-205.
- VIGUERA RUBIO, J.M., «Los efectos de la declaración de quiebra», AA.VV., *Derecho Mercantil* (coord. Guillermo Jiménez Sánchez), Vol. 2, 7ª edición, Barcelona, 2002, pp. 737-748.

**Z**

- ZUDDAS, G., *Il contratto di factoring*, Nápoles, 1983.

## Bibliografía

- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho del mercado financiero*, 3ª edición, Madrid, 2005.
- ZURUTUZA ARIGITA, I., *La rehabilitación de los contratos en el concurso*, Cizur Menor (Navarra), 2016.



## RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

#### 1930:

- STS de 21 de febrero de 1930, (RJ 1930\702).

#### 1931:

- STS de 7 de marzo de 1931, (RJ 1931\1963).

#### 1954:

- STS de 8 de julio de 1954, (RJ 1954\2027).

#### 1958:

- STS de 17 de marzo de 1958, (RJ 1958\1436).

#### 1960:

- STS de 28 de mayo de 1960, (RJ 1960\2062).

#### 1973:

- STS de 7 de marzo de 1973, (RJ 1973\901).

#### 1975:

- STS de 20 de mayo de 1975, (RJ 1975\2191).

#### 1976:

- STS de 10 de marzo de 1976, (RJ 1976\1176).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- STS de 15 de octubre de 1976, (RJ 1976\3960).

**1977:**

- STS de 12 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4185).

**1980:**

- STS 14 de abril de 1980 (RJ 1980\1415).

**1981:**

- STS de 9 de diciembre de 1981, (RJ 1981\5051).

**1983:**

- STS de 23 de junio de 1983, (RJ 1983\3682).
- STS de 10 de noviembre de 1983, (RJ 1983\6071).

**1984:**

- STS de 13 de julio de 1984, (RJ 1984\3980).

**1985:**

- STS de 28 de enero de 1985, (RJ 1985\203).
- STS de 22 de marzo de 1985, (RJ 1985\1128).

**1987:**

- STS de 15 de septiembre de 1987, (RJ 1987\6049).
- STS de 12 de diciembre de 1987, (RJ 1987\9425).

**1988:**

- STS de 21 de marzo de 1988, (RJ 1998\2220).



### Resoluciones judiciales citadas

- STS de 11 de abril de 1988, (RJ 1988/3120).
- STS de 9 de mayo de 1988, (RJ 1988\4047).
- STS de 9 de julio de 1988, (RJ 1988/5684).

#### **1989:**

- STS de 27 de junio de 1989, (RJ 1989\4787).
- STS de 11 de julio de 1989, (RJ 1989\5748).
- STS de 20 de octubre de 1989, (RJ 1989\6945).
- STS de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989\6956).

#### **1990:**

- STS de 4 de julio de 1990, (RJ 1990\5774).

#### **1991:**

- STS de 15 de noviembre de 1991, recurso núm. 24384/1989, (RJ 1991\8406).
- STS de 19 de diciembre de 1991, (RJ 1991\9405).

#### **1993:**

- STS de 19 de febrero de 1993, recurso núm. 1873/1990, (RJ 1993\997).
- STS de 11 de junio de 1993, recurso núm. 3268/1990, (RJ 1993\5267).
- STS de 20 de septiembre de 1993, recurso núm. 3354/1991, (RJ 1993\6647).
- STS de 24 de septiembre de 1993, recurso núm. 66/1991, (RJ 1993\6742).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- STS de 2 de noviembre de 1993, recurso núm. 3093/1990, (RJ 1993\8564).
- STS de 11 de noviembre de 1993, recurso núm. 3249/1990, (RJ 1993\8960).

**1994:**

- STS de 15 de noviembre de 1994, recurso núm. 776/1992, (RJ 1994\8836).
- STS de 18 de noviembre de 1994, recurso núm. 1954/1991, (RJ 1994\8843).
- STS de 18 de noviembre de 1994, recurso núm. 1015/1991, (RJ 1994\9322).

**1995:**

- STS de 1 de febrero de 1995, recurso núm. 2605/1991, (RJ 1995\1219).
- STS de 7 de marzo de 1995, recurso núm. 3597/1991, (RJ 1995/2149).
- STS de 16 de marzo de 1995, (RJ 1995\3482).

**1996:**

- STS de 23 de enero de 1996, recurso núm. 2262/1992, (RJ 1996\639).
- STS de 14 de febrero de 1996, recurso núm. 2210/ 1982, (RJ 1996\1253).
- STS de 20 de junio de 1996, recurso núm. 3313/1992, (RJ 1996\5077).

**1997:**

- STS de 26 de marzo de 1997, recurso núm. 1620/1993, (RJ 1997\2539).

### Resoluciones judiciales citadas

- STS de 10 de abril de 1997, recurso núm. 1800/1995, (RJ 1997\3054).
- STS de 18 de abril de 1997, recurso núm. 1661/1993, (RJ 1997\3245).
- STS de 19 de abril de 1997, recurso núm. 1147/1993, (RJ 1997\3429).
- STS de 23 de mayo de 1997, recurso núm. 1847/1993, (RJ 1997\4322).

#### **1999:**

- STS de 25 de octubre de 1999, recurso núm. 387\1995, (RJ 1999\811).
- STS de 2 de diciembre de 1999, recurso núm. 835/1995, (RJ 1999\8530).

#### **2000:**

- STS de 6 de febrero de 2000, recurso núm. 1450/1995, (RJ 2000\624).
- STS de 18 de abril de 2000, recurso núm. 2056/1995, (RJ 2000\2158).

#### **2001:**

- STS de 2 de febrero de 2001, recurso núm. 26/1996, (RJ 2001\1685).
- STS de 28 de junio de 2001, recurso núm. 1512/1996, (RJ 2001/4980).

#### **2002:**

- STS de 2 de abril de 2002, recurso núm. 3154/1996, (RJ 2002\2531).

#### **2003:**

- STS de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 2105/1997, (RJ 2003\938).
- STS de 28 de febrero de 2003, recurso núm. 2180/1997, (RJ 2003\2723).
- STS de 11 de abril de 2003, recurso núm. 2621/1997, (RJ 2003\3017).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- STS de 7 de mayo de 2003, recurso núm. 2894/1997, (RJ 2003\3886).
- STS de 31 de mayo de 2007, recurso núm. 2671/2000, (RJ 2007\4336).
- STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2033\4313).

**2004:**

- STS de 28 de mayo de 2004, recurso núm. 2167/1998, (RJ 2004\3553).
- STS de 2 de junio de 2004, recurso núm. 2081/1998, (RJ 2004\3560).
- STS de 6 de octubre de 2004, (RJ 2004/5986).

**2005:**

- STS de 8 de marzo de 2005, (RJ 2005\3077).
- STS de 18 de julio de 2005, (RJ 2005\5480).
- STS de 13 de diciembre de 2005, (RJ 2006\328).

**2006:**

- STS de 21 de septiembre de 2006, (RJ 2006/6652).
- STS 5 de octubre de 2006, recurso núm. 4553/1999, (RJ 2006/7944).

**2007:**

- STS de 26 de marzo de 2007, recurso núm. 2123/2000, (RJ 2007\2347).
- STS de 7 de mayo de 2007, recurso núm. 2136/2000, (RJ 2007\3559).
- STS de 31 de mayo de 2007, recurso núm. 2168/2000, (RJ 2007\3567).
- STS de 5 de julio de 2007, recurso núm. 3126/2000, (RJ 2007\5125).
- STS de 23 de julio de 2007 (RJ 2007\4698).

## Resoluciones judiciales citadas

### 2008:

- STS de 22 de febrero de 2008, recurso núm. 5666/2000, (RJ 2008\3048).
- STS de 14 de marzo de 2008, recurso núm. 384/2001, (RJ 2008/1707).

### 2009:

- STS de 19 de mayo de 2009, recurso núm. 293/2004, (RJ 2009/3181).
- STS de 13 de julio de 2009, recurso núm. 294/2005, (RJ 2009\4466).

### 2010:

- STS de 25 de junio de 2010, recurso núm. 2160/2005, (RJ 2010\5413).
- STS de 29 de julio de 2010, recurso núm. 265/2006, (RJ 2010\6945).
- STS de 27 de octubre de 2010, recurso núm. 10/2007, (RJ 2010\7608).
- STS de 1 de diciembre de 2010, recurso núm. 1282/2007, (RJ 2011\1167).

### 2011:

- STS de 11 de marzo de 2011, recurso núm. 1539/2007, (RJ 2011\3320).
- STS de 12 de abril de 2011, recurso núm. 2100/2007, (RJ 2011\3454).
- STS de 18 de julio de 2012, recurso núm. 990/2009, (RJ 2012/9332).
- STS de 11 de octubre de 2011, recurso núm. 1457/2008, (RJ 2011\7407).

### 2012:

- STS de 8 de enero de 2012, recurso núm. 1124/2011, (RJ 2013/1631).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- STS de 9 de enero de 2012, recurso núm. 1123/2011, (RJ 2013\1633).
- STS de 21 de marzo de 2012, recurso núm. 272/2009, (RJ 2012\5570).
- STS de 21 de marzo de 2012, recurso núm. 473/2009, (RJ 2012\5571).
- STS de 8 de octubre de 2012, recurso núm. 150/2010, (RJ 2012\9028).
- STS 26 de octubre de 2012, recurso núm. 672/2010, (RJ 2012\10415).
- STS de 8 de noviembre de 2012, recurso núm. 836/2010, (RJ 2013\901).
- STS de 18 de diciembre de 2012, recurso núm. 1315/2010, (RJ 2013\920).

**2013:**

- STS de 12 de febrero de 2013, recurso núm. 1915/2011, (RJ 2013\4933).
- STS de 19 de febrero de 2013, recurso núm. 802/2012, (RJ 2013\2568).
- STS de 27 de mayo de 2013, recurso núm. 1233/2008, (RJ 2013\4962).
- STS de 10 de julio de 2013, recurso núm. 440/2011, (RJ 2013\4998).
- STS de 24 de julio de 2013, recurso núm. 2178/2011, (RJ 2013\5204).
- STS de 25 de julio de 2013, recurso núm. 168/2012, (RJ 2013\5534).
- STS de 5 de septiembre de 2013, recurso núm. 376/2012, (RJ 2013\7423).
- STS de 6 de noviembre de 2013, recurso núm. 1703/2011, (RJ 2013\7863).
- STS de 12 de diciembre de 2013, (RJ 2013\8187).

## Resoluciones judiciales citadas

### 2014:

- STS de 25 de febrero de 2014, (RJ 2014\1404).
- STS de 24 de marzo de 2014, recurso núm. 721/2012, (RJ 2014\1756).
- STS de 8 de abril de 2014, recurso núm. 935/2012, (RJ 2014\2309).
- STS de 9 de abril de 2014, recurso núm. 942/2012, (RJ 2014\2316).
- STS de 26 de mayo de 2014, recurso núm. 1696/2012, (RJ 2014\2831).
- STS de 18 de junio de 2014, recurso núm. 711/2012, (RJ 2014\3698).
- STS de 9 de julio de 2014, recurso núm. 2566/2012, (RJ 2014\3618).
- STS de 23 de julio de 2014, recurso núm. 2335/2012, (RJ 2014\4787).
- STS de 24 de julio de 2014, recurso núm. 2912/2012, (RJ 2014\4590).
- STS de 2 de septiembre de 2014, recurso núm. 1140/2012 (RJ 2014\5116).
- STS de 1 de noviembre de 2014, recurso núm. 491/2013, (RJ 2014\6154).
- STS de 12 de noviembre de 2014, recurso núm. 761/2013, (RJ 2014\5905).
- STS de 18 de noviembre de 2014, recurso núm. 304/2013, (RJ 2014\6752).

### 2015:

- STS de 17 de febrero de 2015, recurso núm. 1893/2013, (RJ 2015\926).
- STS de 23 de febrero de 2015, recurso núm. 1047/2013, (RJ 2015\814).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- STS de 19 de mayo de 2015, recurso núm. 1892/2013, (RJ 2015\2449).
- STS de 12 de septiembre de 2015, recurso núm. 2216/2013, (RJ 2015\4184).
- STS de 3 de noviembre de 2015, recurso núm. 2328/2013, (RJ 2015\4939).
- STS de 17 de noviembre de 2015, recurso núm. 3065/2012, (RJ 2015\5626).
- STS de 18 de noviembre de 2015, recurso núm. 3309/2012, (RJ 2015\5496).

**2016:**

- STS de 18 de marzo de 2016, recurso núm. 2663/2013, (RJ 2016/853).
- STS de 24 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3156).
- STS de 29 de junio de 2016, recurso núm. 277/2014, (RJ 2016\3159).
- STS de 19 de julio de 2016, recurso núm. 590/2014, (RJ 2016\3422).
- STS de 26 de octubre de 2016, recurso núm. 966/2014, (RJ 2016\5359).
- STS de 2 de noviembre de 2016, recurso núm. 976/2014, (RJ 2016\5102).
- STS de 4 de noviembre de 2016, recurso núm. 637/2014, (RJ 2016\5201).
- STS de 10 de noviembre de 2016, recurso núm. 2694/2014, (RJ 2016\5408).
- STS de 16 de noviembre de 2016, recurso núm. 1371/2014, (RJ 2016\5834).



## Resoluciones judiciales citadas

### 2017:

- STS de 8 de marzo de 2017, recurso núm. 1158/2014, (RJ 2017\686).
- STS 13 de marzo de 2017, recurso núm. 1632/2014, (RJ 2017\689).
- STS de 12 de mayo de 2017, recurso núm. 3067/2014, (RJ 2017\2294).
- STS de 20 de julio de 2017, recurso núm. 1440/2014, (RJ 2017\3378).

### 2018:

- STS de 26 de abril de 2018, recurso núm. 241/2017, (RJ 2018\1775).
- STS de 21 de mayo de 2018, recurso núm. 669/2017, (RJ 2018\2022).
- STS de 24 de mayo de 2018, recurso núm. 2715/2015, (RJ 2018/2131).
- STS de 20 de junio de 2018, recurso núm. 2498/2015, (RJ 2018\2786).
- STS de 21 de junio de 2018, recurso núm. 3415/2017, (RJ 2018\2925).
- STS de 20 de septiembre de 2018, recurso núm. 2755/2015, (RJ 2018\3867).
- STS de 9 de octubre de 2018, recurso núm. 2696/2015, (RJ 2018\4282).
- STS de 17 de octubre de 2018, recurso núm. 3099/2015, (RJ 2018\4607).
- STS de 20 de noviembre de 2018, recurso núm. 3644/2015, (RJ 2018\5178).

### 2019:

- STS de 10 de mayo de 2019, recurso núm. 2958/2016, (RJ 2019\1922).
- STS de 17 de julio de 2019, recurso núm. 713/2016, (RJ 2019\2837).

**2020:**

- STS de 15 de diciembre de 2020, recurso núm. 1839/2018, (JUR 2021\3514).

**TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:**

**1995:**

- STSJ Murcia de 31 de marzo de 1995, recurso núm. 154/1995, (AS 1995\1213).

**2011:**

- STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2011, recurso núm. 359/2011, (AS 2011\2425).

**2018:**

- STSJ Galicia, de 8 de mayo de 2018, recurso núm. 811/2018, (AS 2018\1769).

**AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

**1996:**

- SAP Madrid de 10 de julio de 1996, recurso núm. 166/1995, (AC 1996\2553).

**1997:**

- SAP Castellón de 10 de mayo de 1997, recurso núm. 256/1995 (LA LEY 9499/1997).

**2000:**

## Resoluciones judiciales citadas

- SAP Tarragona de 27 de septiembre de 2000, recurso núm. 510/1999, (JUR 2001\41325).

### 2002:

- SAP Sevilla de 20 de febrero de 2002, recurso núm. 412/2002, (JUR 2002\160929).
- SAP Guipúzcoa de 20 de marzo de 2002, recurso núm. 3007/2002, (JUR 2002\220490).
- AAP Valencia de 23 de septiembre de 2002, recurso núm. 451/2002, (AC 2002\1714).

### 2004:

- SAP Madrid, de 23 de enero de 2004, recurso núm. 469/2002, (AC 2004\1157).

### 2006:

- SAP Barcelona de 1 de junio de 2006, recurso núm. 79/2006, (AC 2007\1004).
- SAP Barcelona de 13 de septiembre de 2006, recurso núm. 156/2006, (JUR 2008\104351).
- SAP Zaragoza de 27 de septiembre de 2006, recurso núm. 318/2006, (AC 2006\2189).
- SAP Barcelona de 6 de noviembre de 2006, recurso núm. 449/2006, (AC 2007\1054).

### 2007:

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- SAP Asturias de 28 de junio de 2007, recurso núm. 522/2006, (JUR 2007\319638).

**2008:**

- SAP Murcia de 22 de enero de 2008, recurso núm. 167/2007, (JUR 2008\392583).
- SAP Zaragoza de 15 de diciembre de 2008, recurso núm. 567/2008, (JUR 2009\212374).

**2009:**

- SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009, recurso núm. 607/2008, (JUR 2009\172445).
- SAP Barcelona de 4 de diciembre de 2009, recurso núm. 237/2009, (JUR 2010\76772).

**2010:**

- SAP Madrid de 12 de marzo de 2010, recurso núm. 22/2010, (AC 2010\1317).
- SAP Jaén, de 5 de octubre de 2010, recurso núm. 267/2010, (JUR 2011\66352).

**2012:**

- SAP Barcelona de 29 de marzo de 2012, recurso núm. 629/2011, (AC 2012\817).

**2013:**

- SAP Córdoba de 30 de septiembre de 2013, recurso núm. 168/2013, (JUR 2013\374148).

**2014:**

## Resoluciones judiciales citadas

- SAP Asturias de 20 de febrero de 2014, recurso núm. 36/2014, (JUR 2014\90174).
- SAP Barcelona de 26 de marzo de 2014, recurso núm. 533/2013, (AC\2014\539).

### **2016:**

- SAP Navarra de 14 de diciembre de 2016, (AC 2017\246).

## **JUZGADOS DE LO MERCANTIL:**

### **2005:**

- SJMerc núm. 9 de Córdoba, de 8 de julio de 2005 (AC 2005\1705).
- SJMerc núm. 1 de Madrid, de 21 de octubre de 2005 (AC 2009\2132).

### **2006:**

- SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006\68797).
- SJMerc núm. 1 de Bilbao, de 24 de febrero de 2006 (AC 2006\139).
- SJMerc núm. 1 de Málaga, de 9 de marzo de 2006 (AC 2006\354).
- SJMerc núm. 1 de Alicante, de 19 de junio de 2006, (JUR 2006\299839).
- SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 26 de junio de 2006, (JUR 2006\299838).
- SJMerc núm. 1 de Oviedo, de 6 de julio de 2006, (AC 2006\1827).

### **2007:**

- SJMerc núm. 1 de Málaga, de 4 de octubre de 2007, (AC 2008\63).

**El contrato de *factoring* en el concurso de acreedores**  
**Patricia Cifredo Ortiz**

- SJMerc núm. 1 de Bilbao, de 19 de diciembre de 2007, (AC 2007\2068).

**2008:**

- AJMerc núm. 1 de La Coruña, de 30 de septiembre de 2008, recurso núm. 408/2008, (JUR 2009\184963).

**2009:**

- SJMerc núm. 1 de Alicante, de 25 de febrero de 2009, (AC 2010\85).

**2010:**

- SJMerc núm. 2 de Bilbao, de 8 de marzo de 2010 (JUR 2010\261765).
- SJMerc núm. 8 de Barcelona, de 6 de mayo de 2010, (AC 2010\1031).

**2016:**

- SJMerc de Gijón, de 12 de diciembre de 2016, (JUR 2017\8381).

**2018:**

- SJMerc núm. 1 de Badajoz, de 25 de mayo de 2018, (JUR 2018\205929).

**JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN:**

**2015:**

- SJPII núm. 2 de Cuenca, de 13 de julio de 2014, (JUR 2015\285833).

**SENTENCIAS DE TRIBUNALES ITALIANOS:**

**1982:**

### Resoluciones judiciales citadas

- Sentenza del Tribunale di Milano, del 6 dicembre 1982, *Banca, borsa e titoli di crédito*, tomo II, 1983, p. 459.

#### **1994:**

- Sentenza del Tribunale di Genova, del 17 ottobre 1994, *Giurisprudenza Commerciale*, tomo II, 1995, pp. 697 y ss.

#### **2002:**

- Sentenza del Tribunale di Milano, del 8 luglio 2002; LO CASCIO, G., *Il fallimento. Rassegna di Giurisprudenza*, Milán, 2004, p. 93.

#### **2003:**

- Sentenza della Corte di Cassazione, del 9 aprile 2003, n. 5550; LO CASCIO, G., *Il fallimento. Rassegna di Giurisprudenza*, Milán, 2004, p. 93.
- Sentenza del Tribunale di Mantova, del 2 luglio 2003, LO CASCIO, G., *Il fallimento. Rassegna di Giurisprudenza*, Milán, 2004, p. 93.

#### **2004:**

- Sentenza del Tribunale di Torino, del 9 settembre 2004, *Il fallimento*, tomo I, 2005, p. 644.





## **ANEXO**

«Información restringida por confidencialidad de datos»