

El tratamiento concursal del *factoring*

The bankruptcy treatment of factoring

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

Profesora agregada de Derecho mercantil
Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN: El artículo analiza el tratamiento del contrato de *factoring* centrándose en el concurso del empresario cedente. El análisis, que tiene en cuenta las reformas introducidas en el TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, comprende las cuestiones clave que se plantean en la doctrina y la jurisprudencia en relación con la regulación concursal y especial aplicable a este contrato atípico. Así, se estudia: 1) la continuación y resolución del contrato tras la declaración de concurso; 2) la aplicación al *factoring* de los artículos 157 y 158 TRLC que concretan para los contratos bilaterales la aplicación del art. 156 TRLC, que establece el principio general de continuidad de los contratos, 3) el ejercicio de las acciones de reintegración, que constituyen un mecanismo esencial para proteger los intereses de los acreedores y, 4) el ejercicio de la acción de separación por el factor. El artículo intenta contribuir a la mejor comprensión de este contrato.

ABSTRACT: This article examines the treatment of the factoring contract, focusing specifically on the bankruptcy of the assigning businessman. The analysis, which takes into account the reforms introduced in the TRLC by Law 16/2022, of September 5, includes the key issues that arise in the doctrine and jurisprudence in relation to the bankruptcy and special regulation applicable to this atypical contract. Thus, the following are studied: 1) the continuation and termination of the contract after the declaration of bankruptcy; 2) the application to factoring of articles 157 and 158 TRLC that specify for bilateral contracts the application of art. 156 TRLC, which establishes the general principle of continuity of contracts, 3) the exercise of clawback actions, which constitute an essential mechanism to protect the interests of creditors and, 4) the exercise of the separation action by the factor. The article attempts to contribute to a better understanding of this contract.

PALABRAS CLAVE: *Factoring; tratamiento concursal del factoring, concurso y continuación del factoring, concurso y terminación del factoring; factoring y reintegración concursal, derecho de separación del factor.*

KEYWORDS: *Factoring; bankruptcy treatment of factoring, bankruptcy and continuation of factoring; bankruptcy and termination of factoring; factoring and bankruptcy clawback; factor's right of separation.*

SUMARIO: I. *FACTORING Y CONCURSO.* 1. DESCONCIERTO REGULATORIO. 2. LA DA TERCERA DE LA LEY 1/1999 Y EL CONTRATO DE *FACTORING* (FACTOR EFC). 3. FACTOR Y CONCURSO. 4. CUESTIONES CONCURSALES. A. El *factoring* como contrato bilateral. B. Incidencia de una doble regulación sobre el *factoring*.—II. CONTINUACIÓN DEL CONTRATO DE *FACTORING* COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, Y RESOLUCIÓN COMO POSIBILIDAD.—III. APPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLC AL *FACTORING*.—IV. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN. 1. OBJETO DE LA RESCISIÓN. 2. INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 230.1.^º TRLC AL *FACTORING*. 3. CONCURSO DEL CLIENTE DEL EMPRESARIO CONTRATANTE.—V. DERECHO DE SEPARACIÓN DEL FACTOR. VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. *FACTORING Y CONCURSO*

1. DESCONCIERTO REGULATORIO

A la hora de abordar el tratamiento concursal del *factoring* se advierte un desconcierto en la regulación que incide sobre este contrato y, en especial, en la dirigida a establecer la condición financiera del factor. Este desconcierto es consecuencia, como seguidamente se expone, del entrelazamiento de la normativa específica de los establecimientos financieros de crédito (EFC) con la propia de las entidades de crédito, que les ha otorgado, unas veces, y hecho perder, otras, la condición de entidad de crédito. Ello, unido a una deficiente técnica legislativa, ha provocado no pocas dificultades interpretativas. Baste señalar, como ejemplo reciente, el de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que, al dejar fuera de esta categoría a los EFC, los deja también indirecta y paradójicamente fuera del ámbito de aplicación de la DA Tercera de la Ley 1/1999, siendo ésta una norma diseñada para ellos. Esta inaplicación la subsana luego parcialmente la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial mediante una remisión para los EFC al régimen concursal de las entidades de crédito.

La “actividad de *factoring*” la desarrollan, tanto los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (actuales entidades de crédito), como los establecimientos financieros de crédito (EFC). Los EFC son los sucesores de las primitivas “sociedades de *factoring*” y, por su origen, especialización de la actividad y regulación pueden considerarse los auténticos “factores”. Sobre esta figura ha centrado su estudio la doctrina, en tanto contraparte del empresario en el contrato de *factoring*.

La regulación de estos EFC les permite desarrollar actividades específicas, entre ellas, el *factoring*, que proporciona financiación a corto plazo a las empresas, especialmente PYMES, sin asumir los riesgos asociados a la captación de depósitos. Las entidades de crédito no están especializadas en estas actividades; su actividad principal se dirige a la captación de depósitos y la concesión de créditos. Estas entidades se sujetan a normas que tienen en cuenta el gran impacto que su actividad, en especial la de los bancos, tiene en la economía. En puridad, la “actividad de *factoring*” de las entidades de crédito se engloba dentro de la general de intermediación financiera que desarrollan.

En Derecho español, la regulación relativa al *factoring* ha tenido y tiene carácter económico-administrativo¹, y se ha dirigido a abordar el régimen jurídico de las sociedades de *factoring* y los aspectos fiscales de su actividad.

La primera norma de nuestro ordenamiento que se ocupa de regular aspectos de la actividad de *factoring*, incluyendo, además, una referencia expresa a las sociedades de *factoring*, es la Ley 47/1966, 23 de julio de 1966, sobre declaración de exención por el impuesto sobre las rentas del capital para los intereses percibidos por sociedades que anticipen el importe de créditos cuya gestión de cobro tengan a su cargo. Esta norma, de índole fiscal, señala en el preámbulo: “*Los intereses devengados por el anticipo de créditos en gestión de cobro están gravados, en principio, por el Impuesto sobre las Rentas del Capital, pero cuando estas operaciones constituyen la peculiar actividad de una sociedad u otra entidad jurídica, como sucede en los casos de las llamadas sociedades «factoring», se produce una superposición tributaria al concurrir con el Impuesto General sobre la Renta de Sociedades, que no es neutralizada en grado suficiente por la consideración de tributo a cuenta atribuido al primero, resultando en la práctica un nivel de imposición superior al que soportan las demás empresas, sea cualquiera su objeto social*”. Y, en el artículo 1, además de exencionarlos, considera estos intereses como rendimientos propios de una actividad regular o típica². Luego, el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas (Decreto 3361/1971, de 23 de diciembre) incluirá, a efectos tributarios, dentro de los servicios, las operaciones de “*factoring*” (art. 22.2, g))³.

El Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, sobre régimen de las Entidades de financiación incluyó a las sociedades de *factoring* (“sociedades cuya actividad

sea el anticipo de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asuma⁷⁴⁾ dentro de las entidades de financiación⁵, reguladas hasta entonces por el Decreto-Ley 57/1962, de 27 de diciembre, sobre Entidades de Financiación de Ventas a Plazos⁶.

La Orden Ministerial de 14 de febrero de 1978 desarrolló el Real Decreto 896/1977, y, posteriormente, la Orden Ministerial de 19 de junio de 1979 amplió las actividades que podían desarrollar estas sociedades a “*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*” (art. 1 Quinta), además de la ampliación general a “*todos los servicios y operaciones directamente derivados de las anteriores actividades*” (art. 1 Séptima). Esta Orden estableció, además, una reserva legal a favor de estas entidades en cuanto a dicho objeto⁷: “*Ninguna Entidad o Empresa, sea individual o social, podrá realizar con carácter habitual las operaciones mencionadas en el artículo primero sin cumplir los requisitos previstos en el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, las contenidas en esta Orden y demás disposiciones aplicables*”.

La Orden Ministerial de 13 de mayo de 1981 sobre entidades de financiación especializadas en operaciones de «factoring», que recoge por vez primera la denominación “entidades de factoring” estableció que: “*Las Entidades de Financiación en cuyos Estatutos conste como objeto principal la realización de las operaciones de gestión de cobro de créditos y de anticipo de fondos sobre los mismos, a que se refieren el artículo 1.º, apartado cuarto del Real Decreto 890/1977, de 28 de marzo, y el artículo primero, apartado 5.º de la Orden del Ministerio de Economía, de 19 de junio de 1979, podrán utilizar la denominación de Entidad, Compañía, Sociedad o Empresa de Factoring, o incluir cualquiera de estos términos en su razón social, siempre que tengan, como mínimo, un capital desembolsado de cien millones de pesetas. 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 riesgos de insolvencia de los mismos*”. Y aclarará que, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 7.º del artículo 1 de la OM de 19 de junio de 1979 “*se entenderán como actividades directamente derivadas de las operaciones mencionadas en el número anterior, las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, establecimiento de relaciones con otras Empresas de factoring, nacionales o extranjeras y, en general, la realización de operaciones de carácter similar que tiendan a favorecer la seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional e internacional*”. Esta norma crea, en el Registro Especial de Entidades de Financiación, de la Dirección General de Política Financiera, un apartado relativo a las Entidades de *Factoring*.

El RD Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea definió “establecimiento de crédito” (*toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos*, art. 1.1), e incluyó expresamente como tales a las Entidades oficiales de crédito, los Bancos privados, las Cajas de Ahorro, las Cooperativas de crédito, las Sociedades de crédito hipotecario y las Entidades de financiación. La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), pasó a denominar a los “establecimientos de crédito” “entidades de crédito”⁸⁸ y en el artículo 28 estableció a favor de estas entidades una reserva de objeto de modo que ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podía, *sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas*. Y, en particular, reservó a las entidades de crédito: *a) La actividad definida en el apartado 1.º del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, y b) La captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.*

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, modificó el art. 1.2 del RD Legislativo 1298/1986 de modo que únicamente seguirían siendo “entidades de crédito” el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, y las Cooperativas de Crédito. El resto de las, hasta entonces, entidades de crédito, entre las que se encontraban las entidades de *factoring*, mantendrían dicha condición transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 1996 (art. 5 Ley 3/1994) debiendo posteriormente transformarse en la nueva categoría de “establecimientos financieros de crédito” pues, de lo contrario, perderían la condición de entidad financiera (DA 1.^a 6 Ley 3/1994). Esta denominación englobaba a las entidades que, sin ser de crédito, tenían como actividad principal la concesión de préstamos y créditos, actividades de *factoring*, arrendamiento financiero, emisión de tarjetas de crédito y otros medios de pago, concesión de avales y garantías y similares (DA 1.^a1 Ley 3/1994, y art. 55 en relación con el art. 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC)⁹ introducidos por la Ley 3/1994), no pudiendo “*captar fondos reembolsables del público*” (DA 1.^a2

Ley 3/1994), excepto mediante la emisión de valores conforme a la Ley 28/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, sin aplicación en tal caso de los límites del art. 282 LSA), estando facultadas para titulizar sus activos¹⁰.

Se facultó al gobierno para desarrollar reglamentariamente su régimen jurídico (DA 1.^a 7 Ley 3/1994) estableciendo sólo la reserva de denominación y abreviatura “EFC” (DA 1.^a3 Ley 3/1994), la competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para su autorización y la del Banco de España para su inspección y control (DA 1.^a4 Ley 3/1994), así como la aplicación de la disciplina sobre contabilidad y el régimen sancionador general de las entidades de crédito (DA 1.^a5 Ley 3/1994 en relación con la Ley 28/1988 y OM de 12 de marzo de 1989).

Luego, en lo que la doctrina ha calificado como “alarde de indecisión conceptual, o mejor sería decir nominal”¹¹, el RD Ley de 28 de diciembre de 1995, volvió a modificar la definición de entidad de crédito para incluir a los establecimientos financieros de crédito (DA 7.^a4: *“Los 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 será aplicable la legislación sobre garantía de depósitos”*).

El desarrollo reglamentario previsto para los establecimientos financieros de crédito se produjo dos años más tarde por el RD 692/1996, de 26 de abril imponiendo para la creación, actividad transfronteriza y régimen jurídico unos requisitos menos exigentes que los establecidos por el RD 1245/1995¹² para los bancos, norma a la que sigue de cerca. La menor exigencia resultaba razonable al no tener los establecimientos el riesgo de la retirada masiva de fondos¹³. Los arts. 1.1 y 2.1 del RD 692/1996 reiterarán que los EFC tienen la condición de entidad de crédito. Esta norma vuelve a establecer la reserva de actividad en favor de los EFC, pero lo hace en un momento en que éstos han pasado a tener la condición de entidad de crédito, con lo que, indirectamente, extiende la reserva de actividad al resto de entidades de crédito¹⁴.

La Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus entidades gestoras, recogió en la Disposición Adicional Tercera el “Régimen de determinadas cesiones de crédito”. Esta disposición, de acuerdo con la Exposición de motivos “sin estar estrictamente relacionada con el capital riesgo, persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como «factoring». Y, con ella “se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente”. En consonancia con la entonces consideración de los establecimientos financieros de crédito, en el número 1 se recoge como uno de los requisitos para su aplicación, que “el cesionario sea una entidad de crédito”.

La doctrina ha sido muy crítica con el recurso del legislador a las disposiciones adicionales para regular materias “estables”, por cuanto que obliga a los

operadores jurídicos a adivinar qué es lo que está regulado y en qué sitio y a sobrevivir al caos al que se conduce a nuestro ordenamiento¹⁵.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal modificó sustancialmente los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados por el concursado. Por lo que respecta al *factoring*, la Disposición Adicional Segunda relativa al régimen especial aplicable a las entidades de crédito, empresas de servicio de inversión y entidades aseguradoras, mantuvo las especialidades que la legislación sectorial había establecido, y, en particular las de la DA Tercera de la Ley 1/1999¹⁶.

2. LA DA TERCERA DE LA LEY 1/1999 Y EL CONTRATO DE *FACTORYING* (FACTOR EFC)

La Ley 5/2015, que deroga la DA Primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril recoge en el Título II el nuevo régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. Esta regulación, en coherencia con la Ley 10/2014, de 26 de junio, que incorpora la normativa europea en materia de solvencia de las entidades de crédito¹⁷, parte de la base de que los EFC no son entidades de crédito, no obstante, mantiene con carácter general y a todos los efectos el régimen jurídico previamente aplicable adaptándolo a las actuales exigencias de los mercados financieros, con vistas a *fomentar el desarrollo de este canal de financiación, muy relevante en especial para la financiación del consumo minorista*¹⁸.

Pueden ahora constituirse como establecimientos financieros de crédito *aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito*, y previa autorización ministerial, se dediquen con carácter profesional a ejercer, entre otras actividades, la del *factoring*, con o sin recurso, y las actividades complementarias de esta actividad, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, y en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos que les sean cedidos (art. 6.1.b) Ley 5/2015).

Pues bien, al perder la condición de entidad de crédito, en puridad, las cesiones de crédito realizadas en el ámbito de la actividad de *factoring* de los EFC (los auténticos factores) quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, lo cual no deja de ser un contrasentido, si se tiene en cuenta que se trata de una norma diseñada para ellos¹⁹.

La consecuencia de esta inaplicación por lo que respecta al número 2 de la DA Tercera²⁰ sería que la forma de acreditar la certeza de la fecha de las cesiones de crédito en el seno del contrato de *factoring* (factor EFC) quedaría limitada a los medios recogidos en los arts. 1218 y 1227 CC, no pudiendo probarse “*por cualquier otro medio admitido en derecho*”²¹. Ahora bien, esta posible exclusión

no tiene mayor trascendencia²². En la práctica, el contrato de *factoring* suele formalizarse en escritura pública, con lo que justificar la fecha no ofrecerá problemas. Y, si se formaliza en documento privado, la interpretación que de la aplicación del art. 1227 CC realiza el Tribunal Supremo conduce al mismo resultado que el establecido en la DA Tercera.

En efecto, tal y como recuerda la sentencia 486/2017, de 21 de marzo de 2017, “*La jurisprudencia civil mantiene que este artículo 1227 del Código Civil es una presunción “iuris tantum” de que la fecha del documento privado es la que resulta de los hechos indicados, pero que admite prueba en contrario que, si es suficiente, plena y convincente, puede demostrar que la fecha fue la que figura en el documento u otra distinta.*”. Es decir, el art. 1227 CC únicamente se aplica cuando el hecho a que se refiere solo puede acreditarse por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios que prueban la realidad de la fecha que consta en él (entre otras, SSTS de 11 de abril de 1988 (RJ 1988, 3120), 20 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6945), de 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8564), y 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 2158)).

En este contexto resulta ilustrativa la RDGN de 20 de diciembre de 2019 que señala: “*El artículo 1227 del Código Civil efectivamente determina la fechabilidad de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto, diciendo que «la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros (...); pero la concurrencia de dichos supuestos no atribuye a los documentos privados ninguna presunción de autoría, ni de capacidad, ni de validez de los mismos, requisitos que pueden ser obviados cuando los únicos interesados son los mismos firmantes de su elevación a público o de sus herederos, en cuanto ellos sean los únicos y exclusivos interesados. Sin embargo, existiendo terceros interesados, [...] será preciso que dicho interesado admita su autoría y validez o, en su defecto, se inste el correspondiente proceso judicial con demanda al interesado, como posible perjudicado, en el que quede indubitablemente reconocida la autoría, capacidad y validez del contrato privadamente documentado*

²³.

Por lo que respecta a los preceptos de carácter concursal de la DA Tercera de la Ley 1/1999, la propia Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en el apartado 2 del artículo 7 (Régimen jurídico), declara aplicable a los EFC el régimen concursal previsto para las entidades de crédito²⁴. Y el artículo 578 TRLC (Régimen especial del concurso de acreedores) establece para, entre otras, las entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, la aplicación de las especialidades que para el concurso de acreedores se hallen establecidas en su legislación específica. También recoge las normas que se consideran legislación especial a estos efectos (unas regulan intervenciones administrativas y otras establecen efectos específicos de firmeza de determinadas

operaciones financieras que devienen inatacables cuando se produce el concurso de estas entidades²⁵). Entre estas normas, el apartado 2, 3.^º del art. 578 TRLC incluye la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras²⁶.

3. FACTOR Y CONCURSO

El concurso del factor (EFC) se ha considerado siempre una hipótesis muy improbable²⁷, no sólo por la previsible intervención del Banco de España, sino porque, al no poder captar depósitos del público, ni es necesaria su adhesión a un Fondo de Garantía de Depósitos, ni corre el riesgo de la retirada masiva de fondos. Este riesgo, que sí afecta a las entidades de crédito y, en especial a los bancos, ha sido en gran medida el origen de las crisis bancarias. Prueba de ello es la declaración de concurso del Banco de Madrid SAU por auto del Juzgado de lo mercantil n.^º1 de Madrid, de 25 de marzo de 2015 (JUR 2015, 94991)²⁸.

De acuerdo con este auto, una entidad que ha superado todos los controles y supervisiones instituidos por el complejo marco normativo aplicable es susceptible de hallarse en situación de insolvencia inminente. Y, en relación con la cuestión de si esta insolvencia puede identificarse “*con el escenario al que podría quedar enfrentada cualquier entidad en caso de que sus clientes retirases masivamente sus depósitos*”, considera que no es sin más subsumible en el presupuesto objetivo del concurso, es preciso que “*dicha predicción se funde en circunstancias objetivas de las que, según las reglas básicas del criterio humano, quepa esperar razonablemente ese desenlace fatal para la capacidad de pago*”²⁹.

4. CUESTIONES CONCURSALES

El modo en que el *factoring* se ve afectado por el procedimiento concursal es una de las cuestiones centrales del estudio de este contrato y, tanto la doctrina, como la jurisprudencia lo han abordado, fundamentalmente, desde el punto de vista del empresario contratante dado que, en la práctica, es el supuesto “ordinario”. El concurso del factor (EFC), como se ha señalado, es un supuesto excepcional.

En el ámbito concursal, el interés principal en relación con el *factoring* se dirige a dilucidar dos cuestiones: la continuidad o no del contrato tras la declaración de concurso, y el modo en que inciden sobre él las acciones de reintegración y reducción de la masa. Las acciones de reintegración, a las que la doctrina prestará especial atención tras la aprobación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999³⁰, determinan si el contrato o las cesiones de crédito sobre las

que éste se articula pueden ser objeto de impugnación y las de reducción si los créditos incluidos dentro del *factoring* se incorporan o no a la masa activa del concurso.

Para abordar estas cuestiones se deben tener en cuenta dos circunstancias: la primera, que el *factoring* es un contrato bilateral, y la segunda, que, tal y como se ha señalado, sobre este contrato incide una doble regulación: la general del TRLC y la especial de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999.

A. El factoring como contrato bilateral³¹

El *factoring* es un contrato bilateral o sinalgmático, con lo que se generan obligaciones recíprocas para ambas partes, sin que este carácter se desvirtúe por el hecho de que el factor se reserve la facultad de aprobar o aceptar los créditos³². El Tribunal Supremo recuerda que, ni la Ley Concursal (tampoco el TRLC), ni el Código Civil establecen qué ha de entenderse por obligaciones recíprocas, y señala que lo relevante “*no es el sinalagma genético (reciprocidad en el momento de celebrarse el contrato), sino el sinalagma funcional (interdependencia de ambas obligaciones entre sí en cuanto a su cumplimiento, de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan intimamente enlazados ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente*”), de modo que “*no basta para hablar con propiedad de obligaciones recíprocas con que las dos partes queden obligadas —inicialmente o ex post—, pues, debiendo ser ello así, lo determinante es que la prestación a cargo de una opere como contraprestación de la que ha de cumplir la otra y a la inversa*” (SSTS 811/2012, de 8 de enero de 2013, 797/2012, de 9 de enero de 2013, 187/2014, de 2 de septiembre. Y, con referencia a ellas la STS de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5626).

La causa de este contrato, entendida, desde el punto de vista objetivo, como función o valor económico-social que cumple el contrato en el tráfico jurídico, y desde el punto de vista subjetivo, como el motivo práctico por el que las partes celebran un determinado contrato³³, variará en función de las prestaciones que las partes acuerden incluir en el contrato, en especial, las del factor³⁴. Además, como el *factoring* se articula sobre la base de la cesión de los créditos que el empresario realiza al factor, la causa condiciona, a su vez, el carácter con el que se realiza la cesión³⁵.

Por lo anterior, si el factor se obliga a anticipar el pago los créditos cedidos sin asumir el riesgo de la insolvencia de los clientes del empresario, la causa del contrato será de financiación, aproximándose a la figura del descuento, idea que, como señala la doctrina, la refuerza el elemento remuneratorio³⁶. En este supues-

to, la cesión tendrá carácter *pro solvendo*, lo que supone la plena transmisión del crédito cedido desde el acuerdo y la sujeción de dicha cesión a condición resolutoria, no suspensiva (STS 1086/2006 de 6 de noviembre de 2006). Y cuando el factor asume también el riesgo de insolvencia de dichos clientes (*factoring sin recurso*), la causa será mixta: de financiación y de garantía, equiparándose, por lo que atañe a la causa de garantía, a la figura del seguro de crédito³⁷. La cesión en este caso tendrá carácter *pro soluto*, al igual que si únicamente se acuerda la cobertura de la insolvencia sin obligación de anticipo.

En este contexto, cabe señalar que la nueva regulación del preconcurso introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal³⁸ establece que los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración deben votar agrupados por clases de créditos (art. 622 TRLC)³⁹ y permite que, si existen razones que lo justifiquen, los créditos de un mismo rango concursal puedan separarse en distintas clases, atendiendo, entre otros criterios, a la naturaleza financiera o no financiera del crédito. A tal fin, considera créditos financieros, entre otros, los derivados de contratos como los arrendamientos financieros o las operaciones de financiación de bienes vendidos con reserva de dominio, aval o contra-aval, *factoring* y *confirming* (art. 623 TRLC). Esta calificación refuerza la consideración de la función de financiación como esencial en el contrato⁴⁰.

B. Incidencia de una doble regulación sobre el factoring.

La otra circunstancia que se debe tener en cuenta a la hora de abordar el tratamiento concursal del *factoring* es la apuntada de que, sobre este contrato, incide una doble regulación: una de carácter general, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), y otra —ahora por remisión— de carácter específico, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras⁴¹ (Régimen de determinadas cesiones de crédito).

II. CONTINUACIÓN DEL CONTRATO DE FACTORING COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, Y RESOLUCIÓN COMO POSIBILIDAD

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) puso fin a la vieja discusión sobre el trato que debía darse a los contratos bilaterales pendientes de ejecución —caso del *factoring*— cuando se declaraba la quiebra o la suspensión de pagos. En efecto, frente a quienes entendían que el contrato continuaba vigente,

un sector doctrinal consideraba que la apertura del procedimiento de quiebra del empresario producía como efecto la extinción del *factoring*. Extinción que, en relación con el actual procedimiento concursal, algún autor defiende atendido el carácter *intuitu personae* del contrato y el contenido de sus prestaciones⁴². El artículo 61.2 LC (Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas) estableció la regla de la continuación de los contratos pendientes de ejecución con la declaración de concurso, si bien, con la posibilidad de exceptuarla si el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, solicitaban la resolución del contrato, en interés del concurso. En tal caso, el juez, oídas las partes del contrato y la administración concursal, decidía si lo resolvía o no (art. 61.2 I).

El criterio general de la subsistencia contractual se mantiene por el art. 156 TRLC que señala: “*La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por la declaración de concurso de cualquiera de ellas o por la apertura de la fase de liquidación de la masa activa*”⁴³. Este precepto supone un límite de las facultades contractuales de las partes⁴⁴, que la reforma operada por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal ha extendido, no sólo al supuesto de apertura de la fase de liquidación, sino también, a las cláusulas que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato.

La Ley Concursal acabó, asimismo, con la práctica común de incluir en los clausulados generales la declaración de procedimientos de insolvencia como causa de extinción contractual (cláusulas “ipso facto”) (art. 61.3 LC). Efecto este que no se preveía en la regulación específica contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999. Parte de la doctrina se ha mostrado, no obstante, partidaria de la admisión de estas cláusulas⁴⁵ que, en general, se consideran perjudiciales, no sólo para el empresario, sino también para los acreedores del concurso⁴⁶.

El principio de vigencia del contrato opera en cualquier estadio del procedimiento concursal⁴⁷ y se aplica al margen de la situación de las partes en relación con el cumplimiento de las obligaciones⁴⁸. La actual ubicación del artículo 156 TRLC tiene especial relevancia. Así, mientras que en la Ley Concursal la norma se recogía en el inciso final de la regulación de los contratos con obligaciones recíprocas, ahora se incluye dentro de la regulación general aplicable a los contratos afectados por el concurso⁴⁹. De ahí que sus consecuencias se hayan de extender a cualquier obligación ya sea unilateral, recíproca o de cualquier otro tipo⁵⁰.

La cláusula que establezca como causa de modificación, resolución o extinción del *factoring* la declaración de concurso del empresario no puede conside-

rarse un supuesto especial de los previstos en el artículo 159 TRLC. Este precepto reconoce para el caso de declaración de concurso, tanto la subsistencia de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos reconocidos por la Ley, como la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en situaciones concursales de alguna de las partes⁵¹. Tal cláusula, de acuerdo con el artículo 156 TRLC, se tendrá por no puesta sin que su inclusión en el contrato de *factoring* afecte a la validez del contrato, que, al ser atípico y no contar con previsión legal al respecto, seguirá vigente con el resto de las estipulaciones (nulidad relativa).

Aunque el artículo 156 TRLC se refiera únicamente a *la declaración de concurso*, parece razonable entender incluidas, dentro de los supuestos de nulidad parcial, también las cláusulas referidas a la “solicitud de concurso” voluntario o necesario⁵². En apoyo de esta tesis cabe mencionar el art. 694 bis TRLC (Efectos de la apertura del procedimiento de continuación y del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento) que, dentro de la regulación del procedimiento especial para microempresas introducido por la Ley 16/2022⁵³, señala en el número 2: “*La apertura del procedimiento especial, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de:*

- 1.º *La presentación de la solicitud de apertura o su admisión a trámite.*
- 2.º *La solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos.*
- 3.º *Cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores*⁵⁴.

También cabe invocar, en el ámbito del preconcurso⁵⁵, la regulación de los efectos de la comunicación por el deudor de la apertura de negociaciones tras la modificación introducida por la Ley 16/2022. Así, el artículo 597 TRLC —cuyo antecedente es el artículo 5bis LC—, establece que la comunicación, por sí sola, no afecta a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y que, “*en particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de: 1.º La presentación de la comunicación o su admisión a trámite. 2.º La solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos. 3.º Cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.*”.

Y, también en el ámbito del preconcurso, cabe señalar la regulación de los efectos de la homologación del plan de reestructuración en el art. 618.1 TRLC, que señala: “*La homologación de un plan de reestructuración, por sí sola, no*

afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.”⁵⁶

Si la nulidad relativa del contrato en el procedimiento especial para microempresas y en el preconcurso incluyen las cláusulas relativas a la presentación de la solicitud de apertura, a la presentación de la comunicación, y a la presentación de la solicitud de homologación del plan respectivamente, parece razonable entender que, dentro de los supuestos de nulidad relativa del art. 156 TRLC se incluyan las cláusulas que prevén la “solicitud de concurso” como causa de modificación o extinción del *factoring*.

La declaración de concurso no afecta a la facultad del empresario concursado de denuncia *ad nutum*, propia de los contratos pactados por tiempo indefinido. Ello, aunque no haya, tal y como requiere el art. 159 TRLC, una Ley que expresamente reconozca esta facultad para el *factoring*, dado que no son admisibles los vínculos a perpetuidad⁵⁷. Si se pacta por tiempo determinado, que en la práctica es lo habitual, la declaración de concurso no podrá considerarse justa causa para la resolución anticipada, si bien, algún autor entiende que, en determinadas circunstancias, el cambio en las condiciones de solvencia podría llegar a considerarse justa causa para la extinción anticipada del *factoring*⁵⁸. En cualquier caso, y en ambos supuestos, la administración concursal podrá instar la continuación del contrato en interés del concurso. El Tribunal Supremo entiende por interés del concurso “*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*” (STS 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5408)).

Con la continuación del contrato, el empresario seguirá obligado a la cesión de créditos, y el factor habrá de gestionar el cobro, el anticipo y la garantía de la insolvencia en los términos pactados. Los créditos que resulten de prestaciones a cargo del concursado, al igual que los créditos por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado serán créditos contra la masa (art. 242.12.^º TRLC).

Ahora bien, la continuación contractual está supeditada a que la administración concursal o el propio concursado no opten por la resolución en interés del concurso prevista en el art. 165 TRLC⁵⁹. Así, si existe acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato conforme a lo acordado, y, si existen discrepancias, cualquiera de los legitimados

(el concursado, en caso de intervención, y la administración concursal, en caso de suspensión) podrá presentar demanda de resolución en interés del concurso. La resolución se sustancia por los trámites del incidente concursal. El juez decide acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan. El crédito que pueda corresponder al factor en concepto de indemnización de daños y perjuicios tendrá la consideración de crédito concursal (art. 165.3 TRLC⁶⁰). Los efectos de la resolución en interés del concurso serán *ex nunc*, por tanto, serán válidas las prestaciones hasta entonces cumplidas y ejecutadas por las dos partes, y se verán afectadas las que hayan sido cumplidas por una de las partes sin haber sido correspondidas por la otra, y las prestaciones futuras⁶¹. No establece el art. 165 TRLC un plazo de ejercicio de la acción resolutoria. A pesar de que algún autor considera que no es admisible su ejercicio en cualquier tiempo porque ello supondría una amenaza permanente de resolución para la parte *in bonis*, lo que es contrario a la buena fe (art. 7.1 CC)⁶², a la vista de la regulación de la resolución por el TRLC, no parece inadecuado admitir su ejercicio en cualquier momento si se aprecia el beneficio para el interés del concurso⁶³.

La declaración de concurso tampoco afecta a la facultad de instar la resolución del *factoring* por incumplimiento. Será competente el juez del concurso y la resolución se sustanciará por los trámites del incidente concursal (arts. 160 a 163 TRLC)⁶⁴. La STS 505/2013, 24 de Julio de 2013 (RJ 2013, 5204), con referencia a las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, señala que “*después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC* (actuales arts. 160 y 161 TRLC), la parte *in bonis* en un contrato de trato único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que, si se trata de un contrato de trato sucesivo, “la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”.

A pesar de que se haya ejercitado la acción de resolución, atendiendo al interés del concurso, se podrá acordar su cumplimiento. A tal efecto, el artículo 164 TRLC, modificado por la Ley 16/2022, prevé que cuando se haya ejercitado la acción de resolución de un contrato de trato sucesivo por incumplimiento anterior a la declaración de concurso o de cualquier contrato, sea o no de trato sucesivo, por incumplimiento posterior a dicha declaración, el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, pueden oponerse a la resolución solicitando en interés del concurso que se mantenga en vigor el contrato incumplido. Si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, al formular oposición debe ofrecerse al demandante el pago con cargo a la masa, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de las cantidades adeudadas por las prestaciones realizadas. El juez, oído el deman-

dante, resolverá sobre el mantenimiento del contrato según proceda. Si estima la oposición a la resolución solicitada y el pago de las cantidades adeudadas no se realiza dentro de plazo, el mantenimiento del contrato quedará sin efecto⁶⁵.

La resolución por incumplimiento conlleva la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento. Si el incumplimiento del empresario concursado fuera anterior a la declaración del concurso, el crédito del factor que haya cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento tendrán la consideración de crédito concursal, cualquiera que sea la fecha de la resolución, y si fuera posterior, el crédito del factor cumplidor y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa (art. 163 TRLC). El Tribunal Supremo ha señalado que, además del efecto liberatorio, la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas trae como consecuencia, cuando alguna de las prestaciones ha sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, que obliga a ambas partes a restituir lo recibido, y que, aunque este efecto no venga expresamente previsto en la LC es de aplicación a la resolución por incumplimiento contractual del concursado (SSTS 19 de julio de 2016 (RJ 2016, 3422), y 12 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2294).

En materia de preconcurso, el art. 598.1 TRLC establece: *La comunicación no afectará a la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.* Y el art. 620 TRLC (Resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración) señala “1. Durante la negociación de un plan de reestructuración, el deudor podrá solicitar a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso”⁶⁶. 2. *Si las partes no llegasen a un acuerdo sobre los términos de la modificación o las consecuencias de la resolución, el plan de reestructuración podrá prever la resolución de esos contratos. El crédito indemnizatorio derivado de la resolución también podrá quedar afectado por el plan*⁶⁷.

III. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLC AL FACTORING

Los arts. 157 y el 158 TRLC especifican, para los contratos bilaterales, los efectos del art. 156 TRLC, que establece el principio general de continuidad de los contratos tras la declaración de concurso. El art. 157 TRLC se refiere a los contratos pendientes de cumplimiento por uno de los contratantes, y el art. 158 TRLC a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes.

En relación con la reciprocidad, el Tribunal Supremo aclara que, a los efectos del artículo 61 LC (actuales arts. 157 y 158 TRLC), “debe existir después de declarado el concurso” (entre otras, SSTS 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5102); 29 de junio de 2016 (RJ 2016, 3159); 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5905); 23 de julio de 2014, (RJ 2014, 4787), y 19 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2568)⁶⁸.

Dado que el *factoring*, además de sinalagmático, es un contrato de duración o trato sucesivo⁶⁹, lo normal será que haya cumplimientos pendientes por ambas partes⁷⁰, con lo que resultará de aplicación el art. 158 TRLC que señala: “*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*”.

Las obligaciones recíprocas pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes, bien porque ninguna de ellas ha cumplido todavía las obligaciones que asumió al celebrar el contrato o bien, porque algunas prestaciones se han cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero está previsto el cumplimiento de otras en el futuro⁷¹.

Aunque el fundamento de aplicación del artículo 158 TRLC no sea el carácter de trato sucesivo de un contrato, sino que tenga obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso⁷², es precisamente el trato sucesivo el que provocará que en el *factoring* existan, tanto para el empresario, como para el factor, obligaciones pendientes de cumplimiento en el momento en que se produce la declaración de concurso.

Para el raro supuesto de que el factor haya cumplido todas sus obligaciones y sólo queden pendientes alguna/s a cargo del empresario (p.ej. porque el contrato está a punto de finalizar, lo que puede ocurrir por la duración o por las prestaciones pactadas), será de aplicación el art. 157 TRLC que establece: “*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*”. Por tanto, el crédito del factor pasará a ser un crédito concursal.

La aplicación del art. 157 TRLC procede, por tanto, cuando a la declaración de concurso una de las partes ha cumplido todas sus obligaciones y están pendiente de cumplimiento alguna/s de las de la otra parte⁷³.

Aunque el artículo 61.1 LC estableció su aplicación para los contratos con obligaciones recíprocas (al igual que ahora hace el art. 157 TRLC), un sector

doctrinal entendió que era aplicable a todos los contratos en general y la jurisprudencia lo aplicó en alguna ocasión a contratos unilaterales⁷⁴. No obstante, el Tribunal Supremo, a propósito de un contrato de préstamo, ha aclarado que el ámbito de aplicación del art. 61 LC (actual art. 157 TRLC) se constringe a los contratos con obligaciones recíprocas (STS de 18 de junio de 2014 (RJ 2014, 3698)⁷⁵.

En este contexto, cabe recordar que, en relación con el procedimiento especial, el artículo 694 bis.1 TRLC establece: “*En el procedimiento especial de continuación y en el procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento se aplicarán, con las especialidades establecidas en este libro, las reglas de la sección 1.ª del capítulo IV del título III del libro primero en relación con los efectos sobre los contratos pendientes de ejecución.*”. Esta sección incluye los arts. 156 a 159 TRLC.

IV. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

Las acciones de reintegración revisten especial importancia dado que el cumplimiento de la finalidad del concurso depende en gran medida de ellas. Estas acciones, dirigidas a traer a la masa activa del concurso elementos que salieron indebidamente del patrimonio del deudor, en el caso del *factoring* se deben focalizar, principalmente, en los actos de ejecución del contrato⁷⁶.

La DA Tercera de la Ley 1/1999 estableció el régimen concursal especial para el *factoring* para excluir, seguramente por su excesivo rigor, la aplicación del anterior régimen de retroacción de la quiebra⁷⁷ (procedimiento vigente en el momento de su publicación) a determinadas cesiones de crédito⁷⁸. Tras la modificación operada por la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁷⁹, el *factoring* se sujeta al régimen ordinario de la revocación concursal contra el cessionario en caso de concurso del cedente⁸⁰. Así, el número 3 de la DA Tercera de la Ley 1/1999 establece para las cesiones que regula que, en caso de concurso del cedente, serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la LC. Esta norma, como hemos señalado es aplicable a las cesiones que realizan los EFC por remisión del art. 7.2 Ley 5/2015 al régimen concursal de las entidades de crédito.

El artículo 71 LC tiene su correspondencia con los actuales artículos 226, 227, 228, 229, 230 y 238 TRLC. Los artículos 226 y 230 se han visto modificados por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, una de cuyas finalidades es aumentar la eficiencia en el sistema de reintegración de la masa activa, para lo cual amplía los actos que se declaran rescindibles.

El artículo 71.1 LC que señalaba: “*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 hubiere existido intención fraudulenta*” fue posteriormente reproducido por el artículo 226 TRLC (Acciones rescisorias de los actos del deudor). Tras la Ley 16/2022, el art. 226 TRLC dispone:

“1. Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. Son igualmente rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que concurren las dos siguientes condiciones:

1.º Que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez.

2.º Que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida.”

Como se observa, la Ley 16/2022, de una parte, extiende el período de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, al tomar como referencia la fecha de “solicitud” de concurso, no de “declaración”, incluyendo así los comprendidos entre la fecha solicitud y la de declaración de concurso y, de otra, añade el número 2 al artículo 226 TRLC que, en coherencia con la nueva regulación del preconcurso y los efectos de la comunicación por el deudor de la apertura de negociaciones, toma como *dies a quo* del período de rescisión la fecha de dicha comunicación e incluye los actos perjudiciales realizados entre esa fecha y la de declaración de concurso. En tal caso, sujeta la rescisión a la concurrencia de dos condiciones: fracaso del preconcurso (falta de aprobación o de homologación del plan) y, declaración de concurso en el año siguiente a acabar los efectos de la comunicación⁸¹. Con ello se evita que el preconcurso, cuya finalidad es asegurar la continuidad de empresas viables, se utilice o permita eludir responsabilidades al deudor, lo que podría ocurrir como consecuencia de la posposición del *dies a quo* de la rescisión⁸².

Como la fecha de referencia para la rescisión es la solicitud de concurso, ya no resulta indiferente, como hasta ahora, el lapso transcurrido entre la solicitud y la declaración de concurso, o si el deudor se ha opuesto injustificadamente. Si continúa sin ser relevante quien ha solicitado la declaración de concurso, si el acto se realizó o no con ánimo fraudulento, o si resulta acreditada la situación

de insolvencia sin haber solicitado la declaración en el plazo establecido en el artículo 5.1 (dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor haya conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual⁸³) o, en su caso, en el 611 TRLC (transcurridos tres meses desde la comunicación de negociaciones o desde la prórroga si el deudor no ha alcanzado un plan de reestructuración), salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual.

La acción rescisoria del artículo 226 TRLC opera al margen de la intencionalidad del deudor, de modo que únicamente requiere un perjuicio económico para la masa activa entendido éste como “sacrificio injustificado” (entre otras, y a partir de la STS de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7608), SSTS 21 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2022); 21 de junio de 2018 (RJ 2018, 2925); 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5201) y 26 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5359)).

El perjuicio económico es, por tanto, el elemento sobre el que se basa la reintegración concursal⁸⁴ y la prueba de su existencia se refuerza con el sistema de presunciones que recogen los artículos 227 y 228 TRLC⁸⁵.

Ahora bien, en el caso del *factoring* es difícil entender que su ejecución pueda producir un perjuicio injustificado porque la contraprestación del empresario (comisión e intereses) se realiza a cambio de prestaciones del factor beneficiosas para aquél⁸⁶. La existencia de un perjuicio injustificado requerirá, consecuentemente, que el importe de la comisión y/o los intereses sea tan elevado que rompa el equilibrio de las prestaciones. (La SAP de Madrid de 23 de enero de 2004 (AC 2004/1157) siendo aplicable el art. 878.2 CCom, a la vista de las condiciones pactadas en un contrato de *factoring*, aprecia la existencia de un perjuicio para la masa activa).

El plazo de ejercicio es civil, por lo que se computa de fecha a fecha (art. 5 CC). No se trata de un plazo de caducidad o prescripción, sino de un requisito para que la acción exista. Con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022, el período de los dos años desde la declaración de concurso del artículo 226 TRLC se había justificado en la seguridad jurídica, si bien, la doctrina ya apuntaba que este plazo “prudente” podía haber sido otro⁸⁷. La Ley 16/2022 ha dado muestra de ello al ampliar el período de ejercicio y los supuestos de rescisión y, con ello, las probabilidades de cobro de los acreedores.

En este contexto, debe recordarse que el Tribunal Supremo ha señalado que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera, no sólo cuando ha sido realizada *pro soluto*, sino también cuando lo ha sido *pro solvendo*, y que, por ello, incluso en el caso de cesión de créditos en el *factoring* con recurso el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, dado que la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo (STS 62/2014 de 25 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1404) con cita de la STS 650/2013, de 6 de noviembre, que, a su vez, se refiere a las anteriores SSTS 80/2003, de 11 de febrero;

957/2004, de 6 de octubre y 1086/2006, de 6 de noviembre). En el caso enjuiciado en el que la cesión de créditos se había hecho en el marco del *factoring* sin recurso, el Tribunal Supremo añade que resulta más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito al concurrir la circunstancia acreditada de que la cesión fue comunicada al deudor, diez meses antes de la declaración de concurso. Y establece que “*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 (art. 80 LC)* (actual art. 239 TRLC⁸⁸)”. Por ello, concluye, en relación con el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC⁸⁹ en un supuesto en que había sido cedido el crédito de la contratista frente al dueño de la obra a un banco en virtud de un contrato de *factoring* sin recurso que, cuando se pretendió ejercitar la acción ésta no podía prosperar estando en concurso el contratista dado que éste ya no tenía el crédito frente al dueño de la obra, por lo que faltaba uno de los requisitos esenciales de la acción⁹⁰. Y, por su parte, la STS 1084/2021, de 25 de marzo de 2021 señala: “*Las cesiones de los créditos hechas por las acreedoras originarias y notificadas a la concursada el 15 de abril de 2015 sí son res inter alios acta para ésta, y en consecuencia no es posible su rescisión por la vía del art. 71 LC*”. El deudor cedido, en efecto, no es parte en el negocio de cesión dado que ésta no supone novación.⁹¹

1. OBJETO DE LA RESCISIÓN

La acción rescisoria puede dirigirse contra las cesiones de crédito realizadas en ejecución del contrato de *factoring* o contra el propio contrato de *factoring*⁹². Cuando el *factoring* se articula como contrato preliminar de las cesiones posteriores, las cesiones se producen después de celebrado el contrato y habrá tantas como créditos cedidos, con lo que la acción de rescisión podrá ejercitarse contra las realizadas dentro de los plazos señalados por el art. 226 TRLC. En el caso del *factoring* configurado como cesión global de créditos futuros, dado que la cesión se produce con la conclusión del contrato y, la adquisición de los créditos por el factor opera instantáneamente, algún autor ha entendido que esta adquisición no supone un acto realizado por el deudor, de modo que, en tal caso, la impugnación que procede es la efectuada contra el contrato mismo⁹³. No obstante, no parece que haya inconveniente en reconocer igual posibilidad de rescisión para las cesiones en las que el efecto traslativo ya se produjo con la realización del hecho (nacimiento del crédito) o la condición (v. gr. la aprobación por el factor) ocurridos en el período de retroacción. El crédito futuro supone que, en el momento del contrato (cesión) éste no es exigible, de lo contrario, el cedente no

habría tenido necesidad de cederlo, pero están presentes todos los elementos del contrato, entre ellos, la voluntad del cedente, que lo hacen válido (señala el art. 1271.I CC que “*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”⁹⁴). Por tanto, en ambas formas de articulación del *factoring*, la decisión de plantear la rescisión del contrato o de las cesiones producidas en el periodo establecido en el art. 226 TRLC dependerá del criterio de la administración concursal guiado por el interés del concurso (art. 80 TRLC)⁹⁵.

La sentencia que estime la rescisión del *factoring*, por ser un contrato con obligaciones recíprocas, declarará su ineficacia y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel que ya se hubieran realizado, con sus frutos e intereses (art. 235.1 y 2 TRLC)⁹⁶. Produce, por tanto, efectos *ex tunc*⁹⁷. El derecho a la prestación que, en su caso, resulte como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (art. 236.1 TRLC)⁹⁸.

La aplicación del régimen de la rescisión requiere, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos previstos por el número 1 de la DA Tercera de la Ley 1/1999.

2. INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 230.1.^º TRLC AL FACTORING

Para un sector doctrinal⁹⁹ el *factoring* es uno de los supuestos que se incluyen dentro del número 1 del artículo 230 TRLC que establece: «*en ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.) Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor que hubieran sido realizados en condiciones normales*».

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha interpretado este precepto señalando que, para incluir determinados actos dentro de los ordinarios del artículo 230.1.^º TRLC, «*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*». Y, aclara que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro de la actividad profesional o empresarial de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que han sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial, siempre

que sean regulares en sentido formal y sustantivo, de modo que puedan ser considerados realizados en condiciones normales. También indica que la finalidad de esta excepción es proteger a los que contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso confiando en la plena eficacia de los negocios jurídicos en tanto manifestaciones de la actividad económica normal del deudor realizados en las condiciones habituales del mercado (SSTS de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 4998), 17 de febrero de 2015 (RJ 2015, 926) y 26 de octubre de 2016 (RJ 2016,5359).

El *factoring*, por tanto, en relación con el concurso del empresario, no se incluye dentro de los supuestos del artículo 230.1.^º TRLC¹⁰⁰, dado que no constituye un acto ordinario de *su actividad profesional o empresarial*, sino instrumental¹⁰¹. En cambio, sí constituye un acto ordinario de la actividad del factor¹⁰², dado que forma parte del objeto social de los Establecimientos Financieros de Crédito.

3. CONCURSO DEL CLIENTE DEL EMPRESARIO CONTRATANTE

El número 4 de la DA Tercera de la Ley 1/1999 prevé un régimen específico para la rescisión en caso de concurso del cliente del empresario, que constituye la única especialidad en relación con el régimen concursal ordinario. Así, señala: “*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 ejerzte 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”.

Esta regulación implica que los pagos realizados por el deudor cedido concursado al factor no quedan sujetos al régimen de rescisión del art. 226 TRLC, salvo que se hayan realizado teniendo un vencimiento posterior a la declaración de concurso o cuando quien ejerza la acción rescisoria pruebe que el empresario o el factor conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el factor al empresario. Y esta revocación sólo afectará al factor si se ha pactado así expresamente.

La exclusión de estas operaciones de la reintegración concursal se justifica porque la cesión no produce un perjuicio a los acreedores concursales, o este es tan pequeño que no compensa el ejercicio de las acciones impugnatorias. En

estas cesiones el cesionario ha satisfecho el importe del crédito, con lo que se ha considerado una operación equiparable al pago en efectivo¹⁰³.

Al igual que ocurre en el concurso del empresario cedente, si se trata de un contrato marco o preliminar de *factoring*, habrá que estar a la fecha de cada cesión individual, dado que el contrato no produce efectos traslativos. Y, si se trata de un *factoring* configurado como una cesión global de créditos futuros, será el contrato mismo el que haya de constar en documento con fecha cierta, sin que sea preciso que se cumpla este requisito para cada crédito individualmente considerado¹⁰⁴.

V. DERECHO DE SEPARACIÓN DEL FACTOR

Otro aspecto relevante del *factoring* en el contexto concursal es el tratamiento que deben recibir los créditos ya cedidos por el empresario contratante y pendientes de ser satisfechos por el cliente deudor. Se trata de determinar si la cesión puede resultar oponible frente a los acreedores del deudor cedente y, por tanto, si permite al factor cesionario retirar los créditos cedidos de la masa activa del concurso, evitando así que los acreedores puedan ser satisfechos con ellos.

La reducción de la masa comprende dos derechos que derivan de los diferentes títulos que facultan para reclamarla. El primero es el derecho de separación, cuyo objeto es retirar lo que no es del deudor, y se establece en el artículo 239.1 TRLC (*los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención deben ser entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos*). El segundo es el derecho de ejecución separada, que lo ostentan los acreedores que gozan de determinados derechos de preferencia que les permiten evitar la ejecución dentro del concurso. Este derecho sufrió una fuerte reducción con la LC, pero los tradicionales titulares de ese tipo de derechos (acreedores con garantía real), se sujetan a un régimen especial.

El tratamiento concursal de los créditos cedidos en caso de concurso del cedente dependerá de la causa de la cesión, lo que permitirá que el factor pueda colocarse en posiciones diferentes en el concurso del empresario cedente¹⁰⁵.

Así, en el caso de que la cesión de crédito sea consecuencia de una comisión de cobro, donde la cesión únicamente produce efectos de legitimación, los créditos cedidos formarán parte de la masa activa del concurso, dado que no se produce el efecto traslativo. Sobre estos créditos cedidos, que no son los propios del contrato de *factoring*, el factor no podrá ejercitar la acción de separación del art. 239.1 TRLC¹⁰⁶.

Por lo que respecta a los créditos cedidos en el *factoring* sin recurso, donde la cesión produce efecto traslativo pleno, el factor podrá ejercitar sobre ellos el derecho de separación del art. 239.1 TRLC, puesto que, al haber sido transmitidos con anterioridad a la declaración de concurso, ya no pertenecen al deudor¹⁰⁷.

En relación con los créditos cedidos en el *factoring* con recurso, donde el factor no asume el riesgo de insolvencia de los clientes deudores, un sector doctrinal ha entendido que se trata de cesiones en garantía, esto es, de negocios jurídicos en los que la transmisión plena encubre, de hecho, la voluntad del cessionario, que es obtener la garantía que le proporciona el crédito cedido frente a la voluntad del cedente. Por ese motivo ha defendido que no se debe atender a la situación formal, sino al contenido material de la relación, resultando aplicable, por analogía, el régimen de la prenda de créditos del art. 90 LC, que lo consideraba crédito con privilegio especial siempre que constara en documento con fecha fehaciente¹⁰⁸ (el actual art. 271.2 TRLC señala: *Si se tratare de prenda de créditos de la masa activa*¹⁰⁹, será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso). No obstante, atendido el efecto traslativo pleno que reconoce el Tribunal Supremo a la cesión con y sin recurso, que hace que el derecho obtenido sea de titularidad plena, no parece que haya inconveniente en reconocer al factor la posibilidad de hacer valer el derecho de separación del artículo 239.1 TRLC en relación con los créditos objeto del contrato cedidos antes de la declaración del concurso¹¹⁰. En coherencia con esta tesis, el propio Tribunal Supremo, en procedimientos no concursales, ha entendido que, para la reclamación del crédito cedido procede la tercería de dominio —no la de mejor derecho, que sería la procedente de admitirse los efectos de la cesión en garantía (SSTS 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 938) y 6 de octubre de 2004 (RJ 2004, 5986).

Para determinar la fecha de la eficacia de la cesión y sus efectos en relación con el derecho de separación del factor, hay que tener en cuenta también aquí la modalidad de cesión de créditos con que se articula con el contrato de *factoring*.

Si las cesiones de crédito se han articulado como cesión global de créditos futuros, tanto en el *factoring* sin regreso, como en el *factoring* con regreso, será la fecha del contrato la que determine la eficacia y oponibilidad a terceros de la cesión. Y, aunque los créditos cedidos anticipadamente no hayan nacido en el momento de la declaración de concurso del empresario cedente, el factor podrá hacer valer estos créditos futuros si el contrato de *factoring* es anterior a dicha declaración y está justificada la certeza de su fecha porque, desde ese momento, son oponibles frente a los terceros. Los créditos nacerán en el patrimonio del factor, al margen de que lo hagan antes o después de la declaración de concurso¹¹¹ (SSTS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7863), y 25 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1404), que señalan: «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».

En cambio, si la modalidad elegida es el contrato de *factoring* preliminar, la fecha para tener en cuenta para cada crédito cedido individualmente será la de la aceptación del factor, dado que en ese momento se produce la eficacia traslativa¹¹². Así, el factor podrá separar los créditos del empresario que haya aceptado antes de la declaración de concurso, pero no los demás especificados en el contrato que no cumplan este requisito, dado que pertenecerán al patrimonio del empresario. Ahora bien, tal y como se ha señalado, aplicación de la regla de continuidad contractual del art. 156 TRLC hace que el empresario deba continuar cediendo créditos y el factor aceptándolos, salvo resolución por incumplimiento (arts. 160 a 163 TRLC) o en interés del concurso (art. 165 TRLC)¹¹³.

VI. CONCLUSIONES

I. Los establecimientos financieros de crédito (EFC) son los sucesores de las primitivas “sociedades de *factoring*” y, por su origen, especialización de la actividad, y regulación propia pueden considerarse los auténticos “factores”. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, al hacer perder la condición de entidad de crédito a los EFC, los dejó indirectamente fuera del ámbito de aplicación de la DA Tercera de la Ley 1/1999, lo cual resulta paradójico porque se trata de una norma diseñada para ellos. La consecuencia de esta inaplicación sería que la forma de acreditar la certeza de la fecha de las cesiones de créditos a los EFC en el seno del contrato de *factoring* quedaría limitada a los medios recogidos en los arts. 1218 y 1227 CC, no pudiendo probarse “*por cualquier otro medio admitido en derecho*” tal y como permite el n.º 2 de la DA Tercera. No obstante, la posible exclusión no tendría mayor trascendencia dado que, en la práctica, el contrato de *factoring* acostumbra a formalizarse en escritura pública, con lo que justificar la fecha no ofrecería mayor problema. Y, en caso de formalización en documento privado, la interpretación que de la aplicación del art. 1227 CC realiza el Tribunal Supremo conduce al mismo resultado: el art. 1227 CC se aplica cuando el hecho a que se refiere solo puede acreditarse por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios que prueban la realidad de la fecha que consta en él. Por lo que respecta a los preceptos de carácter concursal de la DA Tercera, la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, en el apartado 2 del artículo 7, declara aplicable a los EFC el régimen concursal previsto para las entidades de crédito. Y el artículo 578 TRLC incluye, dentro de este régimen, la disposición

adicional tercera de la Ley 1/1999. Se trata, por tanto, de una incoherencia normativa sin transcendencia material.

II. El concurso del factor (EFC) es una hipótesis muy improbable, no sólo por la previsible intervención del Banco de España, sino porque, al no poder captar depósitos del público, ni es necesaria su adhesión a un Fondo de Garantía de Depósitos, ni corre el riesgo de la retirada masiva de fondos. Este riesgo, que sí afecta a las entidades de crédito, ha sido en gran medida el origen de las crisis bancarias. Prueba de ello es la declaración de concurso del Banco de Madrid SAU por auto del Juzgado de lo mercantil n.º1 de Madrid, de 25 de marzo de 2015.

III. El TRLC mantiene en el art. 156 el criterio general de la subsistencia contractual en caso de declaración de concurso y establece que se tendrán por no puestas las cláusulas que permitan a la otra parte suspender o modificar las obligaciones o los efectos del contrato, o resolver o extinguir el contrato por la declaración de concurso de cualquiera de ellas o por la apertura de la fase de liquidación de la masa activa. Aunque el precepto no lo mencione, parece razonable entender que, dentro de los supuestos de nulidad relativa se incluyen las cláusulas que prevén la “solicitud de concurso” como causa de modificación o extinción del *factoring*. En apoyo de esta idea cabe invocar los arts. 694 bis, 597 y 618 TRLC que, en el procedimiento especial para microempresas y el preconcurso, incluyen referencias a la presentación de la solicitud de apertura, de la comunicación, y de homologación del plan respectivamente dentro de las cláusulas afectadas por la nulidad relativa.

IV. Con la continuación del contrato de *factoring*, el empresario seguirá obligado a la cesión de créditos, y el factor deberá gestionar el cobro, el anticipo y la garantía de la insolvencia en los términos pactados. Los créditos que resulten de prestaciones a cargo del empresario concursado, al igual que los créditos por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte de éste serán créditos contra la masa (art. 242.12.º TRLC).

V. Los efectos de la resolución en interés del concurso son *ex nunc*, de modo que serán válidas las prestaciones cumplidas y ejecutadas por factor y empresario y sólo se verán afectadas las cumplidas por uno de ellos, que no se hayan visto correspondidas por la otra, y las futuras. No recoge el art. 165 TRLC, que regula esta resolución, un plazo de ejercicio si bien, a la vista de la regulación de la resolución por el TRLC, no parece haber inconveniente en admitir su ejercicio en cualquier momento procesal en el que se aprecie el beneficio para el interés del concurso. Por lo que respecta a la resolución por incumplimiento, hará que queden extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. Si el incumplimiento del empresario es anterior a la declaración de concurso, el crédito del factor que haya cumplido y el correspondiente a la indemnización de los daños y

perjuicios por el incumplimiento serán créditos concursales, cualquiera que sea la fecha de la resolución, y si fuera posterior, ambos serán créditos contra la masa (art. 163 TRLC).

VII. Los arts. 157 y el 158 TRLC especifican, para los contratos bilaterales, los efectos del art. 156 TRLC. El *factoring* es un contrato de trato sucesivo con lo que, lo normal será que, a la declaración de concurso, haya cumplimientos pendientes por ambas partes resultando de aplicación el art. 158 TRLC que obliga a ambas partes a ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado. Aunque el fundamento de este artículo no es el carácter de trato sucesivo del contrato, sino el que tenga obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en realidad, es su carácter de trato sucesivo el que provoca que en el *factoring* existan, tanto para el empresario, como para el factor, obligaciones pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. En el raro supuesto de que el factor haya cumplido todas sus obligaciones y sólo quede/n pendientes alguna/s a cargo del empresario, se aplicará el art. 157 TRLC con lo que el crédito del factor será un crédito concursal.

VIII. El art. 226 TRLC, tras la modificación operada por la Ley 16/2022, extiende el período de rescisión de los actos perjudiciales para la masa a la fecha de “solicitud” de la declaración de concurso, no de “declaración”. La ejecución del contrato de *factoring* es difícil que produzca perjuicio porque la contraprestación del empresario (comisión e intereses) se realiza a cambio de prestaciones del factor beneficiosas para aquél. La acción rescisoria se podrá dirigir contra las cesiones de crédito realizadas en ejecución del contrato de *factoring* o contra el propio contrato de *factoring*. Si el *factoring* se articula como contrato preliminar de las cesiones posteriores, las cesiones se producen después de celebrado el contrato y habrá tantas como créditos cedidos, con lo que la rescisión podrá ejercitarse contra las cesiones realizadas dentro de los plazos señalados por el art. 226 TRLC. En el caso del *factoring* configurado como cesión global de créditos futuros, la cesión se produce con la conclusión del contrato y, la adquisición de los créditos por el factor opera instantáneamente. No parece que haya inconveniente en reconocer igual posibilidad de rescisión para las cesiones en las que el efecto traslativo ya se produjo con la realización del hecho (nacimiento del crédito) o la condición (v. gr. la aprobación por el factor) ocurridos en el período de retroacción. Por tanto, en ambas formas de *factoring*, la decisión de plantear la rescisión del contrato o de las cesiones producidas en el período establecido en el art. 226 TRLC dependerá del criterio de la administración guiado por el interés del concurso (art. 80.1 TRLC).

VIII. La eficacia traslativa de la cesión de créditos opera cuando ha sido realizada *pro soluto* y, también, cuando lo ha sido *pro solvendo*, por ello, incluso en

el caso de cesión de créditos en el *factoring* con recurso, el cessionario adquiere plenamente el crédito cedido, dado que la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo. La sentencia que estime la rescisión del *factoring* declarará su ineficacia y condenará a la restitución de las prestaciones ya realizadas, con sus frutos e intereses (art. 235.1 y 2 TRLC). La rescisión produce, por tanto, efectos *ex tunc* y el derecho a la prestación que resulte como consecuencia tendrá la consideración de crédito contra la masa, y se satisfará simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (art. 236.1 TRLC).

IX. El *factoring*, en relación con el empresario, no se incluye dentro de los supuestos de irrescindibilidad del artículo 230.1.^º TRLC, dado que no constituye un acto ordinario de *su actividad profesional o empresarial*, sino instrumental. En cambio, sí constituye un acto ordinario propio de la actividad del factor, dado que forma parte del objeto social de los Establecimientos Financieros de Crédito.

X. El número 4 de la DA Tercera de la Ley 1/1999 prevé un régimen específico para la rescisión en caso de concurso del cliente del empresario, que constituye la única especialidad en relación con el régimen concursal ordinario. Esta regulación implica que los pagos realizados por el deudor cedido concursado al factor no quedan sujetos al régimen de rescisión del art. 226 TRLC, salvo que se hayan realizado teniendo un vencimiento posterior a la declaración de concurso o cuando quien ejerce la acción rescisoria pruebe que el empresario o el factor conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el factor al empresario. Esta revocación sólo afectará al factor si se ha pactado así expresamente, dado que la cesión no produce un perjuicio a los acreedores concursales, o este es tan pequeño que no compensa el ejercicio de las acciones impugnatorias. En estas cesiones el cessionario ha satisfecho el importe del crédito, lo que es equiparable al pago en efectivo.

XI. En relación con el derecho de separación del factor, el tratamiento concursal de los créditos cedidos en el concurso del empresario cedente dependerá de la causa de la cesión. Así, en el caso de que ésta sea consecuencia de una comisión de cobro, únicamente produce efectos de legitimación, por tanto, los créditos cedidos formarán parte de la masa activa del concurso, dado que no se producirá el efecto traslativo. Por lo que respecta a los créditos cedidos en el *factoring* sin recurso, la cesión produce efecto traslativo pleno y el factor podrá ejercitar sobre ellos el derecho de separación del art. 239.1 TRLC, puesto que, al haber sido transmitidos con anterioridad a la declaración de concurso, ya no pertenecen al deudor. Y, en relación con los créditos cedidos en el *factoring* con recurso, donde el factor no asume el riesgo de insolvencia de los clientes, atendido el efecto traslativo pleno que también se produce, no parece que haya inconveniente en reconocer al factor la posibilidad de hacer valer el derecho de

separación del artículo 239.1 TRLC en relación con los créditos cedidos antes de la declaración del concurso.

XII. Si las cesiones de crédito se han articulado como cesión global de créditos futuros, tanto en el *factoring* sin regreso, como en el *factoring* con regreso, será la fecha cierta del contrato la que determine la eficacia y oponibilidad a terceros de la cesión. Aunque los créditos cedidos anticipadamente no hayan nacido en el momento de la declaración de concurso del empresario cedente, el factor podrá hacer valer estos créditos futuros si el contrato de *factoring* es anterior a dicha declaración y está justificada la certeza de su fecha porque, desde entonces, serán oponibles frente a los terceros interesados en el patrimonio del cedente. Los créditos nacerán en el patrimonio del factor, al margen de que lo hagan antes o después de la declaración de concurso y *no deben formar parte de la masa activa del concurso*. *Si se hubieran incluido, el cesionario estaría legitimado para reclamar su separación*. Si se trata de *factoring* preliminar, la fecha para tener en cuenta en cada crédito cedido individualmente será la de la aceptación del factor, momento en que se produce la eficacia traslativa. No obstante, la operatividad del art. 156 TRLC hace entender que el empresario debe continuar cediendo créditos y el factor aceptándolos, salvo que se produzca la resolución por incumplimiento (arts. 160 a 163 TRLC) o en interés del concurso (art. 165 TRLC).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RAMOS, A. (1999) Derecho español: la posición del deudor cedido y de los terceros. En *El contrato de factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, pp. 328-331.
- ALCOVER GARAU, G. (2000): *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit. Civitas.
- ALONSO LEDESMA, C., Comentario al art. 271. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal.: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, pp. 543-548.
- (1999): Elementos personales: el factor. En *El contrato de factoring*. (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, pp. 253-276.
- ANTÓN SANCHO, M. (2018): *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Edit. Tirant Lo Blanch.
- ARIAS VARONA, F. J. (2007): El contrato de *factoring*. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, pp. 840-877.
- (2009) Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal. En *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J.). Edit. La Ley, pp. 241-278.

- BLASCO GASCÓ, F.P. y LAGO MONTERO, J.M. (2014): Los contratos ante el concurso de acreedores. En *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Tomo XVIII, Edit. Aranzadi.
- BONARDELL LENZANO, R. (2007): Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso. En *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, Edit. Marcial Pons, pp. 1751-1798.
- CARRASCO PERERA, A. (2009): *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.^a edición, Edit. Aranzadi.
- CIFREDO ORTIZ, P. (2022). *El Contrato de factoring en el concurso de acreedores*. Tesis doctoral: <https://hdl.handle.net/11441/130155>.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. De (2003): Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.^o 50, pp. 1385 y ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: “Artículo 578” en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Peinado Gracia, J. I. (dir.), Sanjuán y Muñoz, E. (dir.), Cascales Domínguez, E. M. (coord.). Edit. Sepín, 2020, Vol. IV., pp. 21-28.
- GARCÍA-CRUCES, J.A. (1990). *El contrato de factoring*. Edit. Tecnos.
- (2014) Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores, la noción de “perjuicio. En *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces González, J.A. dir.). Edit. Aranzadi.
 - (2017): El contrato de “factoring”. En *Contratos mercantiles* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.), Tomo I, 6.^a edición, Edit. Aranzadi, pp. 1275-1326.
 - (2017) La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal. En *Jurisprudencia y concurso* (dir. García Cruces, J.A.). Edit. Tirant Lo Blanch, pp. 1103-1231.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2001): Sobre la aplicabilidad del régimen de determinadas cesiones de crédito a negocios de cesión ajenos al *factoring*. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.^o 84, pp. 171-191.
- (1996). *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Edit.: Civitas.
- GARCÍA SOLÉ, F. (1992). El contrato de *factoring* y sus garantías: la crisis del contrato de *factoring*. Aspectos procesales y concursales. En *Jornadas sobre factoring*. Universidad Complutense de Madrid, pp. 161-185.
- (1996): El proceso de transformación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL) en establecimientos financieros de crédito. *Revista de derecho de sociedades*, N.^o 6, 1996, págs. 495-502.
 - (1999): La reciente normativa sobre *factoring*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.^o 2, pp. 1649-1654.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2004): Artículos 61 a 63. En *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. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 1, Edit. Tecnos, pp. 669-717.

- (2014): Concurso del cedente en el contrato de factoring y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1.^o de la Ley Concursal. En *La reintegración en el concurso de acreedores* (dir. García-Cruces, J.A.), 2.^a edición. Edit. Aranzadi, pp. 433-444.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: (2000). Quiebra y contrato de *factoring*. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.^o 33, pp. 11-38.
- (1999): Derecho español: naturaleza jurídica. *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, pp. 368-374.
- (1990): Tipicidad contractual y contratos de financiación. En Alonso Ureba, A., Bonnardell Lenzano, R., y García Villaverde, R. (coords), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de Los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Universidad Complutense, pp. 3-19.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2013): Sentencia de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5571). Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.^o 92, pp. 13-27.
- GÓMEZ MENDOZA, M. (2004): Comentario al artículo 61 de la ley concursal. En *Comentarios a la Legislación Concursal T II* (dirs. Adrián, A.J. Sánchez Calero, J. y Guilarte, V.), Edit. Lex Nova, p. 1153.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009): Contrato de *factoring*. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2.^a ed. pp. 1225-1282.
- LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso y factoring. *Anuario de Derecho Concursal*, n.^o 4, pp. 65-115.
- (2004): Artículo 71. Acciones de reintegración. En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo, Á. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, pp. 1297-1321.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004): Comentario a los artículos 61 a 63. En Comentario de la Ley Concursal (dirs. Rojo, A. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, pp. 1109-1188.
- OTERO COBOS, M.T. (2020): Comentario al artículo 156 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, 2020, Vol I. pp. 1013-1017.
- (2020) Comentario al artículo 159 TRLC. En Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, Vol I. pp. 1031-1041.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. (2020): Artículo 159. Supuestos especiales. En Comentario a la Ley Concursal (dir. Pulgar Ezquerra, J.), 2^a ed., Edit. La Ley, pp. 881-887.
- PIÑEL LÓPEZ, E. (2008): La reintegración concursal y las operaciones financieras. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.^o 8 pp. 153-162.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): Cesión de créditos, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 41, núm. 4, 1988, pp. 1033-1132.
- PESO DE OJEDA, G. (1999): Aspectos fiscales del contrato de factoring. En *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), pp. 375-422.
- PULIDO BEGINES, J.L./DEL PUERTO CABRERA, L. (2020). Comentario al art. 226 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*:

- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, p. 243.
- RECALDE CASTELLS, A. (2005): La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring. En *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Edit. Marcial Pons, pp. 4331-4346.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1977): *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*. Edit. EDERSA.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. (2019): Refundición y refundación del Derecho concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal), *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, pp. 213-237.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C. (2014): Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor. En *Derecho Mercantil. Volumen 10.º Derecho Concursal* (coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.), 15.^a edición. Edit. Marcial Pons, pp. 263-312.
- SALINAS ADELANTADO, C. (2011): Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, pp. 99-135.
- SANCHO GARGALLO, I. (2017): *La rescisión concursal*. Edit. Tirant Lo Blanch.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2009): Los contratos bilaterales pendientes en el concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, núm.18, pp. 423-473.
- (2018) Los efectos del concurso sobre los contratos. En Regularización, aclaración y armonización de la Legislación Concursal (dir. Rojo Fernández-Río, Á. y Campuzano Laguillo, A.B.). Edit. Aranzadi, 149-196.
- SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999): Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 304-328.
- SIOTA ÁLVAREZ, M. (2008): Algunas cuestiones sobre el régimen tributario del “factoring” en la imposición indirecta. Crónica tributaria, N.^o 129, pp. 175-202.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2024). Elementos del contrato de *factoring*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.^o 100, N.^o 802, pp. 811-852.
- (2023). La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.^o 797, pp. 1393-1443.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2010): Artículo 63. Supuestos especiales. En *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), pp. 716-321.
- VARA DE PAZ, N. (1999): Extinción del contrato. La quiebra en particular. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill.
- VEIGA COPO, A.B. (2003): Prenda de créditos y negocio fiduciario —venta en garantía. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.^o 89, pp. 57-124.

NOTAS

¹ GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000) señala que el *factoring* “ha sido regulado desde cualquier punto de vista que no fuera el del Derecho de obligaciones privado” y considera que, quizás, ello sea lo más acertado: *Quiebra y contrato de factoring. Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.^o 33, p. 16.

² La Ley 47/1966 disponía: “*Artículo primero. Estarán exentas del Impuesto sobre las Rentas del Capital las cantidades que perciban las sociedades cuya actividad consista en la gestión de cobro de créditos de sus clientes, en concepto de intereses por el anticipo de fondos a cuenta de dichos créditos, siempre que las Entidades perceptoras tributen por el Impuesto sobre Sociedades y las expresadas cantidades se hagan figurar como ingresos de la explotación en las cuentas de resultados.*

Artículo segundo. Los intereses declarados exentos de imposición por el artículo anterior se considerarán, en todo caso, como rendimientos propios de una actividad regular o típica.”

³ En relación con el tratamiento fiscal del *factoring*, tanto desde el punto de vista de la imposición directa como indirecta, vid. PESO DE OJEDA, G. (1999): Aspectos fiscales del contrato de *factoring*. En *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), pp. 375-422. Y tras la Resolución 1/2004, de 6 de febrero, de la Dirección General de Tributos, sobre el tratamiento de los contratos de “*factoring*” en el Impuesto sobre el Valor Añadido, SIOTA ÁLVAREZ, M. (2008): Algunas cuestiones sobre el régimen tributario del “*factoring*” en la imposición indirecta. *Crónica tributaria*, N.^o 129, pp. 175-202. En el ámbito fiscal se promulgó la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.

⁴ El art. 1 del Real Decreto 896/1977 señalaba: “*Constituyen Entidades de financiación, a los efectos de este Real Decreto, las Sociedades Anónimas que, con un capital desembolsado no inferior a los límites establecidos en el artículo siguiente, y sin tener la consideración de Empresa bancaria, Caja de Ahorro o Cooperativa de Crédito, tengan por exclusivo objeto la realización de todas o alguna de las siguientes actividades u operaciones: [...] Cuarta. Anticipo de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asuma.*”

⁵ En el Preámbulo, el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo señala: “*Bajo la denominación de Entidades financieras se engloban una serie muy dispar de Instituciones que, al margen del sistema crediticio tradicional, realizan funciones de intermediación en el mercado monetario y financiero. Estas Entidades, que de hecho constituyen un mercado financiero paralelo al tradicional, se han caracterizado por la amplia libertad con que le son tratadas, ya que las normas legales que las afectan son muy escasas.*” Y “*La propia existencia y el auge adquirido por estas Entidades, la cifra de capitales que atraen y las fuertes sumas de recursos que manejan, hacen necesaria una nueva regulación, con la que se busca tanto el atribuir un «status» jurídico a quienes cumplen una importante función en el mercado financiero como establecer un control directo por parte de la Administración Pública de las actividades que realizan, en beneficio tanto de los terceros como de la propia Entidad.*”.

El art. 1 Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo señalaba:

“Primero. Constituyen Entidades de financiación, a los efectos de este Real Decreto, las Sociedades Anónimas que, con un capital desembolsado no inferior a los límites establecidos en el artículo siguiente, y sin tener la consideración de Empresa bancaria, Caja de Ahorro o

Cooperativa de Crédito, tengan por exclusivo objeto la realización de todas o alguna de las siguientes actividades u operaciones:

[...] Cuarta. Anticipo de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asuma.

Segundo. Se excluyen del ámbito de aplicación de este Real Decreto:

a) Las Entidades de Derecho Público. b) Los Bancos, Cajas de Ahorros y Entidades de Crédito Cooperativo. c) Las Entidades o Empresas que vendan o suministren a plazos los bienes o servicios objeto de su tráfico mercantil. d) Las Empresas que realicen exclusivamente operaciones de «leasing».”

⁶ El art. 1 del Decreto-Ley 57/1962 señalaba: “*Tendrán la consideración de Entidades de Financiación a los efectos de este Decreto-ley, las Sociedades Anónimas que con un capital desembolsado no inferior a cien millones de pesetas tengan por exclusivo objeto la financiación de la parte aplazada en el precio de venta de tractores, maquinaria agrícola pesada, motores destinados a fines industriales o agrícolas, camiones para transporte de mercancía y autobuses, maquinaria y bienes de equipo capital productivo.”*

⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009): Contrato de *factoring*. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2.^a ed. p. 1246.

⁸ *El Preámbulo de la LDIEC* señala: “*Se establece una normativa sancionadora común para el conjunto de las entidades de crédito, denominación más acorde con nuestra tradición jurídica que la de «establecimiento de crédito», a la que sustituye, y que se extiende además a otros tipos de instituciones financieras que desarrollan esencialmente la actividad que define a una entidad de crédito”.*

⁹ La LDIEC contenía en el art. 48.2 una habilitación en favor del Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, imponer una serie de medidas de transparencia en la contratación bancaria (OM 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/1990).

¹⁰ Vid. al respecto GARCÍA SOLÉ, F. (1996): El proceso de transformación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL) en establecimientos financieros de crédito. *Revista de derecho de sociedades*, N.^o 6, p. 495 y ss.

¹¹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009): Contrato de *factoring*. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2.^a ed. p. 1229.

¹² Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

¹³ ALONSO LEDESMA, C. (1999) considera que incluso puede resultar excesivo por la distinta relevancia de la actividad desarrollada respecto de las entidades bancarias. Elementos personales: el factor. En *El contrato de factoring*. (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, p. 254.

¹⁴ El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, señalaba en el art. 1.:

1. Los establecimientos financieros de crédito tendrán la consideración de entidad de crédito y su actividad principal consistirá en ejercer una o varias de las siguientes actividades:

[...]Jb) Las de «factoring», con o sin recurso, y las actividades complementarias de la misma, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores y, en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional o internacional, que les sean cedidos. [...]

2. Como actividades accesorias, los establecimientos financieros de crédito podrán realizar cualesquiera otras que sean necesarias para un mejor desempeño de su actividad principal.

3. La denominación de «establecimiento financiero de crédito», así como su abreviatura «E.F.C.», queda reservada a estas entidades, las cuales están obligadas a incluirlas en su denominación social.

La doctrina entenderá que se trata de una reserva de actividad para las entidades de crédito en general y para los establecimientos financieros de crédito, en particular, con la correlativa obligación de desarrollo y reserva de denominación de “Establecimiento Financiero de Crédito” o EFC”. Así, ARIAS VARONA, F. J. (2007): El contrato de *factoring*. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, p. 849, y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009): Contrato, cit. pp. 1245-1246.

¹⁵ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1990): Quiebra, cit. p. 21. GARCÍA SOLÉ, R. (1999) se refiere a las disposiciones adicionales como “cajón de sastre”. La reciente normativa sobre *factoring*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.^o 2, p. 1649. También se muestran críticos ALCOVER GARAÚ, G. (2000): *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit. Civitas, p. 11 y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009), que muestra su más enérgica repulsa, haciendo referencia expresa al hecho de que, además, las leyes no guardaran relación con la materia regulada. En relación con la DA Tercera de la Ley 1/1999 PINEL LÓPEZ, E. (2008) la califica de “Ley percha”. La reintegración concursal y las operaciones financieras. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.^o 8 p. 158.

¹⁶ La Disposición adicional segunda de la LC (Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras):

1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal. [...]

h) Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras (disposición adicional tercera).

¹⁷ El Preámbulo de la Ley 10/2014 señala que su objeto principal es adaptar nuestro ordenamiento a los cambios normativos que se imponen en el ámbito internacional y de la Unión Europea, continuando la transposición iniciada por el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre. Y que, en este sentido, el Reglamento (UE) n.^o 575/2013, de 26 de junio, y la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, suponen una alteración sustancial de la normativa aplicable a las entidades de crédito, toda vez que aspectos tales como el régimen de supervisión, los requisitos de capital y el régimen sancionador son profusamente modificados.

De acuerdo con el art. 1 de la Ley 10/2014, tras la modificación operada por la disposición final 6.1 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, “son entidades de crédito”:

a) Las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia;

b) Las empresas autorizadas referidas en el artículo 4.I.1.b) del Reglamento (UE) n.^o 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.^o 648/2012.

2. Tienen la consideración de entidades de crédito a efectos de la letra a) del apartado anterior:

a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial.

La Ley 10/2024 deroga el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea.

¹⁸ El art. 33.1 del Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (Ejercicio de la supervisión del cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina), en relación con el control e inspección ejercido por el Banco de España sobre los EFC, señala que se realizará de conformidad con lo establecido en el título III de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, a excepción de determinados artículos y en el título III del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

¹⁹ Señala el número 1 de la DA Tercera de la Ley 1/1999: “Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones: 1.^a Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial. 2.^a Que el cesionario sea una entidad de crédito. 3.^a Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública. 4.^a Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazzcan 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. 5.^a 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. 6.^a 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.”

²⁰ Señala el número 2 de la DA Tercera de la Ley 1/1999: “*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 alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho*”.

²¹ AGUILERA RAMOS, A. (1999) entiende que este sería el efecto para las cesiones que no cumplen los requisitos previstos en la DA Tercera de la Ley 1/1999. Derecho español: la posición del deudor cedido y de los terceros. En *El contrato de factoring* (coord. García Villa-verde, R.), Edit. McGraw Hill, p. 331.

²² Dispone el art. 1218 CC: “*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 hubiesen hecho los primeros*”. Y, el art. 1227: “*La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio*”.

²³ En el expediente objeto de la RDGRN de 20 de diciembre de 2019 existía una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de la Compañía de Jesús, que podía resultar perjudicada por la existencia y validez del documento privado. La resolución continúa: *Además, en el presente caso, en el segundo de los contratos de compraventa elevado a público, quien firmó el contrato, según se aprecia en el documento aportado, no fue doña M. R. D. A., sino don P.*

J. D. M., en su propio nombre como comprador y en uso de poder de su citada tía como vendedora, por lo que ni siquiera se cumpliría respecto de este contrato el requisito primario del fallecimiento de uno de los firmantes, para que la fecha se tenga por fehaciente, como expresa y literalmente dice el artículo 1227 del Código Civil «(...) desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron (...»). Esta es una diferencia esencial respecto de las escrituras públicas, por cuanto éstas, conforme al artículo 1218 del Código Civil hacen prueba «(...) del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (...»; conforme al artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «(...) los documentos públicos comprendidos en los números 1.^º a 6.^º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella»; y conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado «(...) b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes».

²⁴ El n.^º 1 del art. 7 de la Ley 5/2012 señala: “*Los establecimientos financieros de crédito se regirán por lo dispuesto en este título y su normativa de desarrollo y, para todo lo no previsto en la citada normativa, su régimen jurídico será el previsto para las entidades de crédito*”.

²⁵ FERNÁNDEZ TORRES, I.: “Artículo 578” en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Peinado Gracia, J. I. (dir.), Sanjuán y Muñoz, E. (dir.), Cascales Domínguez, E. M. (coord.). Edit. Sepín, 2020, Vol. IV., p. 23. Esta autora destaca lo complejo de la regulación de las crisis económicas de las entidades financieras, no sólo por la dispersión normativa, sino por la diversidad de procedimientos: concursales y administrativos —de carácter paraconcursal.

²⁶ La Ley 1/1999 fue derogada, a excepción de las disposiciones adicionales 3 y 4, por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras, derogada, a su vez, por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre. Si cabía alguna duda acerca de si esta última norma había derogado también la DA Tercera de la Ley 1/1999, el TRLC vino a disiparla.

²⁷ VARA DE PAZ, N. (1999) considera el concurso del factor como “supuesto de laboratorio” atendida la normativa prudencial establecida para los EFC. Extinción del contrato. La quiebra en particular. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, p. 350. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009) considera que, en la improbable hipótesis de que se produjera el concurso, las consecuencias dependerán de la decisión que adopte al respecto el concursado o la administración concursal, de acuerdo con el anterior art. 61.2 LC (actuales arts. 158 y 165 TRLC). Si se opta por cumplir el contrato, éste seguirá produciendo sus efectos y las obligaciones que se deriven para el factor tendrán la consideración de deudas contra la masa, con el carácter de prededucibles, y si, en interés del concurso, no se considera adecuada la vigencia del contrato, deberá instarse su resolución ante el juez del concurso. Contrato, cit. p. 1274.

²⁸ El AJMerc. n.^º 1 de Madrid de 25 de marzo de 2015 alude a lo excepcional del supuesto: “*a diferencia de lo que ocurre en el caso de otras empresas dedicadas a otras actividades distintas, las entidades de crédito están sujetas a requisitos sumamente estrictos en cuanto concierne al control de su solvencia y liquidez*”. Y, justifica la declaración de concurso razonando que: “*el artículo 70.1. b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, precepto que justificó la intervención de la entidad deudora decretada por Resolución del Banco de España de 12 de marzo de 2015, alude expresamente a la posibilidad de que una entidad de crédito se encuentre en una situación distinta de las*

previstas en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito, pero que resulte de excepcional gravedad y pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia” (La Ley 9/2012 fue derogada por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión).

²⁹ El AJMerc. n.º 1 de Madrid 1 de 25 de marzo de 2015 justifica: “*en el caso enjuiciado, la entidad solicitante del concurso se había visto expuesta en fechas muy recientes a una situación excepcional, ajena a los controles ordinarios de las autoridades supervisoras sobre su liquidez y solvencia, provocada, en primer lugar, por la decisión de la Financial Crimes Enforcement Network (FINCEN) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de considerar a Banca Privada d’Andorra, S.A., matriz del Banco de Madrid, S.A.U. como una institución financiera extranjera sometida a preocupación de primer orden en materia de blanqueo de capitales, de acuerdo con la Sección 311 de la USA Patriot Act. Esta decisión fue acompañada de la propuesta de adopción de determinadas medidas que afectan a la entidad y a todo su grupo. La decisión inicial adoptada por el Banco de España de intervenir la entidad en fecha 10 de marzo de 2015, la posterior decisión del Consejo de Administración de la entidad de dimitir en bloque y pedir su sustitución pocas horas después, el nombramiento por parte del Banco de España de administradores provisionales y el anuncio a través de los medios de comunicación de la apertura de expediente a la entidad por parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), así como el posible inicio de actuaciones por el Ministerio Fiscal, precipitaron una situación de pánico y desconfianza de los clientes que provocó una fuga de depósitos acumulada entre los días 10 y 13 de marzo de 2015 de 124 millones de euros. Al cierre de la jornada del viernes 13 estaban registradas de forma adicional órdenes de retirada de depósitos por otros 52,3 millones de euros y existía el riesgo cierto de que las gestoras de fondos pudieran cursar órdenes al Banco de Madrid, S.A.U. para retirar más efectivo traspasándolo a cuentas de otras entidades, lo que implicaría la salida inmediata de un importe cercano a unos 150 millones de euros en total, lo que le habría colocado en una situación de tesorería negativa de más de 100 millones de euros*”. Y, entiende que, la entidad “*de haber proseguido operando al mismo ritmo de salida de fondos, se habría situado en una situación de imposibilidad manifiesta de continuar cumpliendo regularmente con sus obligaciones exigibles por falta de liquidez, y, en particular, con las peticiones de retirada de depósitos que se habrían seguido produciendo y entiende que el supuesto es subsumible en el presupuesto de la insolvencia inminente, sin perjuicio de la perspectiva de satisfacción (incluso íntegra) de sus compromisos en caso de liquidación ordenada y controlada.”*

³⁰ Vid. antes de la publicación de la Ley Concursal: ALCOVER GARAU, G. (2000): *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/199, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit. Civitas; GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000): *Quiebra y contrato de factoring. Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 33, pp. 11-38; VARA DE PAZ, N. (1999): *Extinción*, cit. pp. 331-368., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2001): *Sobre la aplicabilidad del régimen de determinadas cesiones de crédito a negocios de cesión ajenos al factoring. Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 84, pp. 171-191. Y, tras la publicación de la Ley Concursal, vid. LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005): *Concurso y factoring. Anuario de Derecho Concursal*, N.º4, pp. 65-115.

³¹ Para el estudio del origen, concepto y naturaleza jurídica del *factoring*, de las partes, de las clases y de la extinción de este contrato, nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B.

(2024): Elementos del contrato de *factoring*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 100, N.º 802, pp. 811-852.

³² ROCA GUILLAMÓN, J. (1977): *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*. Edit. EDERSA, p. 68, GARCÍA DE ENTERRIA, J. (1996): *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Edit. Civitas. P. 68 y SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999): Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, p. 305 señalan que la facultad de aprobación no es arbitraria, sino que se dirige a la comprobación de que los créditos cumplen las condiciones establecidas previamente para la cesión, y que debe ejercerse de acuerdo con la buena fe (art. 57 CCom) estando obligado el factor a aceptar los créditos que se ajusten a las condiciones preestablecidas.

³³ Para el estudio de la causa en los contratos de financiación y en los contratos de garantía nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B. (2023): La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*”, N.º 797, pp. 1393-1443.

³⁴ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999) señala que la naturaleza atípica y mixta del contrato de *factoring* se debe completar con las que correspondan según el tipo de prestaciones asumidas, fundamentalmente, por la entidad de *factoring*. Derecho español: naturaleza jurídica. *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, p. 368.

³⁵ En la doctrina, de cara a resolver el valor o eficacia de las cesiones, GARCÍA DE ENTERRIA, J. (1996) propone acudir a la causa en relación con las distintas funciones que puede desempeñar el *factoring*. *Contrato de factoring y cesión de créditos* (2.^a ed.). Edit. Civitas, pp. 113 y ss. En contra, GARCÍA CRUCES, J.A. (1990): *El contrato de factoring*. Edit.: Tecnos, pp. 159 y ss. Por su parte, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009) considera que en el *factoring* la cesión de créditos se presenta, en principio, siempre como definitiva o con plenos efectos traslativos perdiendo el cliente cualquier poder de administración, gestión o disposición sobre los créditos. La causa de la atribución patrimonial es “la transmisión de un crédito para su sometimiento a factorización”, es decir, a la prestación por el factor de los “servicios de factoring” pactados” (con cita de SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999): Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 309 y 314). El contrato, cit. p. 1241.

³⁶ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999), Derecho español, *cit.*, p. 374; EIZAGUIRRE, J.M. De (2003). Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, p. 1407, y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso y *cit.* p. 70.

³⁷ ARIAS VARONA, F. J. (2007). El contrato de factoring. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, p. 849 y con reservas, GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999). Derecho español, *cit.*, p. 374 y GARCÍA SOLÉ, F. (1992): El contrato de *factoring* y sus garantías: la crisis del contrato de *factoring*. Aspectos procesales y concursales. En Jornadas sobre *factoring*. Coord. Universidad Complutense de Madrid, pp. 163.

³⁸ La Ley 16/2022 tiene por objeto la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Esta Directiva exige la introducción en las legislaciones nacionales de uno o varios procedimientos de reestructuración preventiva para asegurar la continuidad de empresas y negocios que, siendo viables, se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente

concurso. Ante la libertad de opción, el legislador español ha reducido las dos instituciones existentes (los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago) a una sola: los planes de reestructuración, realizando adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores. También mantiene los principios de decisión mayoritaria de los acreedores y de intervención judicial mínima. Para la transposición, la Ley 16/2022 sustituye por completo el libro segundo de la Ley Concursal.

³⁹ La Ley 16/2022 no establece ningún procedimiento para realizar la formación de clases y la votación del plan. Sí requiere que el plan tenga un contenido mínimo y sea notificado a todos los acreedores afectados antes de proceder a su homologación. Todos los acreedores afectados tienen derecho de voto ponderado en función del importe nominal de su crédito y el plan se entenderá aprobado por cada clase de créditos si vota a favor más de los dos tercios del pasivo incluido en esa clase. Se precisa un 75% en la clase de créditos garantizados con garantía real y se mantiene la regla especial para créditos sujetos a pacto de sindicación.

⁴⁰ Señala GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009) que la función de financiación del *factoring* es la más frecuente en la práctica, El contrato, cit. p. 63.

⁴¹ El TRLC de 2020 mantiene en el artículo 578 (Régimen especial del concurso de acreedores) ubicado en el Título XIV (De los concursos de acreedores con especialidades), Capítulo II (De las especialidades del concurso por razón de la persona del deudor) la vigencia de la DA Tercera de la Ley 1/1999 que la Ley Concursal de 2003 había previsto en la DA Segunda 2, h.

⁴² ARIAS VARONA, F. J. (2007) señala que esta conclusión se ve, además, apoyada en el hecho de que se trata de un contrato de financiación donde las posibilidades de que el factor recupere los importes que vaya anticipando a lo largo del concurso se reducen considerablemente, aun cuando se califiquen los pagos como deudas de la masa. El contrato cit. pp. 870-871. Consideraban aceptable esta conclusión vigente el derogado procedimiento de quiebra EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. De (2003): Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, p. 1423, y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit. pp. 78-79. En contra, GONZÁLEZ-VÁZQUEZ, J.C. (2009) por tres motivos: el primero por carecer de fundamento el tópico de que el legislador concursal quiso con la LC “favorecer” el convenio frente a la liquidación como solución concursal; el segundo porque la pervivencia o no del contrato de *factoring* no afecta al aseguramiento de más o menos masa activa, y, el tercero, por no ser posible sostener que, en caso de concurso, el empresario no podrá cumplir con sus obligaciones dado que, en tal caso, la propia LC prevé la posibilidad de resolver el contrato si se constata dicho incumplimiento de forma apriorística. Contrato, cit. p. 1278.

⁴³ Redacción tras la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Con anterioridad a esta ley, el art. 156 TRLC señalaba: “La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. 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.”

⁴⁴ OTERO COBOS, M.T. (2020) que esta regla supone una limitación *ex lege* del principio de libertad contractual reconocido en por el art. 1255 CC, Comentario al artículo 156 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, Vol I, p. 1017.

⁴⁵ GONZÁLEZ MENDOZA, M. (2004): Comentario al artículo 61 de la ley concursal. En *Comentarios a la Legislación Concursal T II* (dirs. Adrián, A.J. Sánchez Calero, J. y Guijarro, V.), Edit. Lex Nova, p. 1153.

⁴⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004): Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. En *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. I, Edit. Civitas, p. 1159.

⁴⁷ OTERO COBOS, M.T. (2020), Comentario al artículo 156 TRLC, cit. p. 1016.

⁴⁸ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.⁴⁸B. (2013): Sentencia de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5571). Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, p. 19.

⁴⁹ La importancia de la ubicación del precepto en la derogada LC ha sido destacada por MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2004). Comentario a los artículos 61 a 63 de la Ley Concursal. En Rojo, Á., Beltrán, E. (coord.) *Comentarios de la Ley Concursal*, Vol. I. Edit.: Civitas, pp. 1110-1111. Como señala CIFREDO ORTIZ, P. (2021) el principio general de vigencia de los contratos una vez declarado el concurso que recoge el artículo 156 TRLC “*ha sido todo un acierto*”, dado que la LC no lo establecía con carácter general, sino que se refería a él en el título del artículo 61, que regulaba los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, lo volvía a nombrar en el apartado dedicado a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LC), y lo destacaba en su exposición de motivos (III), relacionándolo con los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Esta autora entiende que esa es la razón por la que BLASCO GASCÓ, F.P. y LAGO MONTERO, J.M. (2014): Los contratos ante el concurso de acreedores. En *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Tomo XVIII. Edit. Aranzadi, p. 45, y SALINAS ADELANTADO, C. (2011): Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, p.104 entendieran que el principio de vigencia de los contratos quedaba limitado a aquéllos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Pero que, no obstante, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C. (2014): Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor. En *Derecho Mercantil. Volumen 10.º Derecho Concursal* (coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.), 15.^a edición. Edit. Marcial Pons, p. 283, acertadamente extendían el principio a todas las relaciones negociales en vigor al declararse el concurso, incluyendo los contratos unilaterales, los no sinalagmáticos y las relaciones negociales plurilaterales o de organización. *El contrato de factoring en el concurso de acreedores* <https://hdl.handle.net/11441/130155>, p. 178, nota a pie. 526.

⁵⁰ En este sentido OTERO COBOS, M.T. (2020): Comentario al artículo 156 TRLC, cit. p. 1017.

⁵¹ Al igual que lo hacía el artículo 63 LC de 2003, el TRLC recoge los supuestos especiales en el artículo 159, que señala: “*I. La declaración de concurso no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos en que así se reconozca expresamente por la ley.*

2. La declaración de concurso no afectará a la aplicación de las leyes 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. Diversas normas reconocen la facultad de desistimiento unilateral del contrato por uno de los contratantes. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. (2020) se refiere a la potestad de desistimiento del propietario en el contrato de obra aunque ésta haya comenzado, debiendo dejar indemne al contratista: art. 1594 CC, de mandante y mandatario (arts. 1733 y 1736 CC), del depositante que reclame la restitución de lo depositado (art. 1775 CC), del comitente en la comisión mercantil (art. 279 CCom), 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)». «Artículo 159. Supuestos especiales». En Comentario a la Ley Concursal (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 2º edición, Edit. La Ley, p. 883. En algunos casos, la facultad de denuncia se vincula a la declaración de concurso o a la apertura de la fase de liquidación (contrato de agencia (artículo 26.1.b LCAg) y seguro de daños (art. 37 LCS). En relación con la facultad resolutoria ligada a la declaración de concurso cabe citar el art. 1732.3º CC, que recoge como causa de finalización del mandato el concurso o insolvencia del mandante o el mandatario” y, como norma que permite pactar la extinción del contrato, el artículo decimoseto.1 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública. (La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejercicio de la acción resolutoria la indemnización prevista en el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo.). Vid. OTERO COBOS, M.T. (2020) Comentario al artículo 159. En Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, Vol I. pp. 1032 -1039.

⁵² En este sentido OTERO COBOS, M.T. (2020) cita, en apoyo de esta tesis, la RDGRN de 21 de enero de 2015 que señala que no puede inscribirse un préstamo hipotecario que incorpore una cláusula contraria a derecho que permita la extinción del contrato si la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores “fuesen declarados en concurso o presentasen solicitud de concurso voluntario o fuese admitida a trámite la solicitud de su concurso necesario”. Comentario al artículo 156 TRLC, cit. p. 1017.

⁵³ La Ley 16/2022 considera microempresas (o micropymes) aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a 7000.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. La definición se basa en el art. 3 de la Directiva 2013/34 UE, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. El procedimiento especial busca, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley 16/2022, reducir los costes del procedimiento, eliminando los trámites no necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a los casos en que su función resulte imprescindible, o su coste sea voluntariamente asumido por las partes. El juez solo interviene para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando existe una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado. Los incidentes se solucionan, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; y, cuando sea necesaria la participación oral de las partes o de expertos se utilizan las vistas virtuales. Los incidentes y recursos no tienen efectos suspensivos, aunque el juez puede adoptar medidas cautelares o suspender determinados efectos. En general, las decisiones judiciales no son recurribles. Asimismo, se realiza una simplificación procesal estructural para las partes de modo que la comunicación en el seno del procedimiento se realiza a través de formularios normalizados oficiales accesibles en línea y sin coste. Los trámites pueden transcurrir en paralelo, a diferencia del concurso de acreedores que se desarrolla de forma lineal con etapas consecutivas. Uno de los aspectos más novedosos es el carácter modular del sistema, que permite a las partes que soliciten su aplicación solo si lo desean: así ocurre con la paralización de ejecuciones

sobre activos con garantía real y el nombramiento de profesionales. El procedimiento se basa en la veracidad de la información aportada y es único: las microempresas no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración. Se combinan los aspectos del concurso y de los planes de reestructuración que mejor se adaptan a las microempresas: el presupuesto objetivo es amplio y se puede utilizar cuando la microempresa está en probabilidad de insolvencia (situación preconcursal), insolvencia inminente o insolvencia actual (situación concursal). Los autónomos, además de tener acceso al procedimiento especial (si son microempresas), pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad. Los elementos clave de este procedimiento especial único son: la negociación y el modo de finalización de esta. De una parte, se trata de un procedimiento formal, en el que se contempla un período de negociación de tres meses no prorrogables, durante los cuales se suspenden las ejecuciones singulares y se puede preparar un plan de continuación o la enajenación de la empresa en funcionamiento. Finalizado este plazo se inicia un procedimiento formal, pero muy flexible y de bajo coste. De otra, se establecen dos posibles itinerarios: una liquidación rápida (fast-track) o un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible. Solo pueden liquidarse empresas insolventes; la normativa mercantil ya ofrece vías de liquidación de empresas solventes. Los autónomos pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad desde cualquiera de los dos itinerarios.

El artículo 697 ter, 1, 5.^o TRLC incluye dentro de las menciones obligatorias del plan de continuación los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar afectados por el plan.

⁵⁴ El art. 694bis. 4 TRLC señala: “*La apertura de la liquidación no afectará a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes, ni serán válidas las cláusulas que permitan la resolución anticipada en caso de liquidación, en tanto exista la posibilidad de transmisión de la empresa en funcionamiento y no se haya producido un incumplimiento del contrato, posterior o anterior al inicio del procedimiento especial de liquidación*”.

⁵⁵ El artículo 585 TRLC permite al deudor persona natural o jurídica, en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso, y en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario, la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en la que se encuentra.

⁵⁶ El Principio general de vigencia de los contratos, también se establece para el caso de la homologación de un plan de reestructuración, si bien, con la novedad de declarar ineficaces las cláusulas de cambio de control que una capitalización de créditos pueda causar. Así, el art. 618.2 TRLC señala:

“*Los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor.*”

⁵⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2010): Artículo 63. Supuestos especiales. En *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), p. 719. En este sentido, la SAP de Asturias, de 20 de febrero de 2014, en relación con un contrato de cuentas en participación resuelto unilateralmente, señala que el *principio general de prohibición de vínculos perpetuos no puede resultar afectado por la declaración de concurso de una de las partes*.

⁵⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004) Comentario, cit. pp. 1175 y ss.

⁵⁹ El art. 165 TRLC, tras la modificación en el apartado 3 introducida por la Ley 16/2022, establece:

“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 reciprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso.

2. 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 en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso. Celebrada la comparecencia, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. Si hubiere discrepancias, cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el apartado anterior.

3. La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan. El crédito que, en su caso, corresponda a la contraparte en concepto de indemnización de daños y perjuicios tendrá la consideración de crédito concursal.

Si el contrato a resolver fuera de arrendamiento financiero, a la demanda se acompañará tasación pericial independiente del valor de los bienes cedidos, que el juez podrá tener en cuenta para fijar la indemnización.”

⁶⁰ El apartado 3 del art. 165 TRLC fue modificado por la Ley 16/2022. Con anterioridad a la reforma señalaba: “*La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.*” El Tribunal Supremo, había señalado a este respecto que la indemnización de daños y perjuicios con cargo a la masa no era una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato en interés del concurso (STS de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016, 853)).

⁶¹ BONARDELL LENZANO, R. (2007): Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso. En *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3. Edit. Marcial Pons, p. 1782.

⁶² MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004) Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones reciprocas. En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo, Á. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, pp. 1150-1151 y VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2010): Artículo 61, cit., p. 701.

⁶³ En este sentido BONARDELL LENZANO, R. (2007): Régimen, cit. pp. 1779 y 1780.

⁶⁴ Señalan estos artículos:

Artículo 160 (Resolución por incumplimiento anterior): *Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de trato sucesivo.*

Artículo 161 (Resolución por incumplimiento posterior): *Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes.*

Artículo 162 (Ejercicio de la acción de resolución): *La acción de resolución del contrato por incumplimiento se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.*

Artículo 163 (Efectos de la resolución del contrato), tras la modificación operada por la Ley 16/2022:

1. En caso de resolución del contrato por incumplimiento, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.

2. Si el incumplimiento del concursado hubiera sido anterior a la declaración del concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento tendrán la consideración de crédito concursal, cualquiera que sea la fecha de la resolución.

3. Si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa.

⁶⁵ Contra la sentencia que acuerde el mantenimiento del contrato la parte que se considere perjudicada podrá interponer recurso de apelación (art. 164.4 TRLC).

⁶⁶ El art. 620.4 TRLC señala: “Las controversias que se susciten sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o la cuantía que debe satisfacer el deudor se tramitarán por el cauce de la impugnación u oposición al plan.”.

⁶⁷ La determinación de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar resueltos en virtud del plan es una de las menciones obligatorias de los planes de reestructuración (art. 633.6.^a TRLC). “Cuando en el auto de homologación del plan de reestructuración se hubiera acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada podrá impugnar esa resolución por cualquiera de los siguientes motivos: 1.º Que esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso. 2.º Que no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato.” (art. 657 TRLC).

⁶⁸ El Tribunal Supremo señala también que las obligaciones que tuvieron inicialmente la condición de recíprocas la «pierden» si una de las partes cumple su prestación antes de la declaración del concurso. Ello determina que, si el cumplidor es la parte *in bonis*, su crédito sea declarado concursal, y concluye que la razón es que, durante la tramitación del concurso la relación funciona, de hecho, como aquellas que en su estructura original no eran recíprocas». Señala CIFREDO ORTIZ, P. (2021) que, cuando el TS usa “el desacertado vocablo ‘perder’” para hacer referencia a la condición de reciproca de una obligación, no se está refiriendo a la pérdida de la reciprocidad sino a que, en este supuesto del artículo 157 TRLC, la relación reciproca entre las partes no se protege de un modo especial, como sí se hace en el artículo 158 TRLC. Con cita de ANTÓN SANCHO, M. (2018): *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Edit. Tirant Lo Blanch, p. 61 que, en relación con el leasing en el concurso, señala que «no deja de existir la 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». *El contrato de factoring*, p. 202, nota 592.

⁶⁹ VARA DE PAZ, N. (1999): Extinción, cit. p. 344; ARIAS VARONA, F.J. (2009): Las distintas modalidades de factoring y su tratamiento en sede concursal. En *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J.). Edit. La Ley, p. 257; y CIFREDO ORTIZ, P. (2021): El contrato, cit. pág. 207. La STS 505/2013, 24 de Julio de 2013 (RJ 2013, 5204), con referencia a las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, señala que “en el contrato de trato sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente

de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Mientras que en el contrato de trato único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en períodos de tiempo iguales o no. Por su parte Resolución 1/2004, de 6 de febrero, de la Dirección General de Tributos, sobre el tratamiento de los contratos de *factoring* en el IVA, en relación con el problema de la determinación del devengo del tributo correspondiente a las distintas prestaciones que puede haber en el marco de un contrato de “*factoring*” ha señalado: “*De lo anterior se deduce que el conjunto de las prestaciones que se desarrollan en un contrato de “factoring” marco, en el seno del cual se realizan sucesivas cesiones de créditos, son operaciones de trato sucesivo, para las cuales el devengo del Impuesto se produce en el momento en que resulte exigible la parte o el total del precio correspondiente a las mismas. Considerando que es habitual en este tipo de contratos la liquidación de las cantidades correspondientes al descuento, es decir, mediante la detacción de su importe de los créditos cedidos por parte de los cedentes, se deduce que es cuando se produzcan las respectivas cesiones cuando se devengará el tributo, en su caso, correspondiente a las mismas y, a la vez, se fijará el momento de imputación de los importes correspondientes para la determinación de la prorrata de deducción*”

⁷⁰ GARCÍA VICENTE, J.R. (2004) entiende que, en sentido estricto, el art. 61.1 LC (actual art. 157 TRLC) únicamente es aplicable a los contratos de trato único. Artículos 61 a 63. En *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. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 1, Edit. Tecnos, p. 698. Por su parte, GÓMEZ MENDOZA, M. (2005) considera que los contratos de trato sucesivo, por definición, han de calificarse pendientes de cumplimiento por ambas partes y regirse por el artículo 61.2 LC (actual art. 158 TRLC). Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales. En *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, p. 2805.

⁷¹ SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2009): Los contratos bilaterales pendientes en el concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, núm.18, p. 437.

⁷² ANTÓN SANCHO, M. (2018). Efectos cit. pp. 60 y 61.

⁷³ SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2018) entiende que la solución prevista en el artículo 157 TRLC resulta extensible a todos los contratos en los que solo un contratante resulta obligado. Los efectos del concurso sobre los contratos. En *Regularización, aclaración y armonización de la Legislación Concursal* (dir. Rojo Fernández-Río, Á. y Campuzano Laguillo, A.B.). Edit. Aranzadi, p. 175.

⁷⁴ Señala ANTÓN SANCHO, M. (2018) que, dado que el régimen que se aplica a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas cumplidas por una de las partes al tiempo de declaración del concurso es el régimen general que se aplicaría a cualquier contrato que no fuera sinalgámatico, tanto la doctrina, como la jurisprudencia no tienen inconveniente en extender la regulación del apartado 1 del art. 61 a contratos que son unilaterales. Efectos, cit., p. 67.

⁷⁵ Los contratos unilaterales seguirán el régimen general del art. 251.1 TRLC que establece: «*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*». Si bien, a efectos prácticos, el resultado es el mismo que produce el art. 157 TRLC.

⁷⁶ Señalan LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005) que en Derecho español se ha optado por establecer una regulación específica, siguiendo el Derecho italiano, en lugar de la alternativa alemana de extender el planteamiento de las operaciones al contrato, Concurso y cit. p. 86.

⁷⁷ El art. 872.2, posteriormente derogado por la LC, establecía: “*Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*”. El Tribunal Supremo se ha referido al rigor del sistema de retroacción de la quiebra en diferentes sentencias. Es ilustrativa la de 3550/2013 de 3 de julio de 2013 que, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, señala: “*durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineffectuación del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineffectuación, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial. Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineffectuación estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce “ipso iure” y “erga omnes”, de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineffectuación del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de setiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan). Una ineffectuación de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos “para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil”, lo que presuponía que la ineffectuación debía predicarse de los actos realizados por el deudor que occasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción. Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema “perturbador” de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado*

por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; 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, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1.) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3). El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar 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” (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal)”.

⁷⁸ En la versión primitiva la DA Tercera de la Ley 1/1999 señalaba en los números 3 y 4:

“3. En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2.o, 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.

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.”

⁷⁹ La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público fue derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, derogado, a su vez, por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁸⁰ CARRASCO PERERA, A. (2009): Los derechos de garantía en la Ley Concursal, 3.^a edición, Edit. Aranzadi, p. 457.

⁸¹ La SAP Madrid de 30 de junio de 2023, con referencia a la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2006, ha señalado que la acción rescisoria nace con el concurso y se justifica como uno de los efectos de su declaración, de ahí que sólo pueda ejercitarse durante la vigencia del concurso.

⁸² La Ley 16/2022 acoge una definición muy amplia de «planes de reestructuración» incluyendo las medidas de reestructuración que afectan tanto al pasivo como al activo. También permite homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, los llamados planes liquidativos, que pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las PYME. El ámbito de aplicación objetivo viene determinado por los efectos que se pretendan dar al plan de reestructuración.

⁸³ Tras la reforma operada por la Ley 16/2022 el presupuesto subjetivo del concurso regulado en el libro segundo incluye a cualquier persona natural o jurídica que desarrolle una actividad empresarial o profesional y no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del procedimiento especial regulado en el libro tercero. Y, en relación con el presupuesto objetivo, la insolvencia se ordena en tres estados secuenciales: probabilidad de insolvencia, insolvencia imminente e insolvencia actual. La probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia imminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. El deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal. No obstante, no se excluye el recurso al preconcurso cuando el deudor está en estado de insolvencia imminente o actual. Si la empresa es económicamente viable, la reestructuración puede evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al concurso. Esta opción no obsta el derecho de los acreedores a solicitar el concurso del deudor insolvente. De ahí que el único límite temporal a la reestructuración de empresas en situación de insolvencia actual sea el que ya estuviera admitida a trámite una solicitud de concurso necesario.

⁸⁴ GARCÍA-CRUces, J. (2014): Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores, la noción de “perjuicio”. En *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces González, J.A. dir.), Edit. Aranzadi, p. 49, considera el perjuicio patrimonial como elemento que articula la reintegración concursal. PULIDO BEGINES, J.L./ DEL PUERTO CABRERA, L. (2020): Comentario al art. 226 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal.: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, p. 243 critican las referencias doctrinales y jurisprudenciales “al período sospechoso” de los dos años anteriores a la declaración de concurso, fruto de un anacronismo que obra en la propia EM de la LC,LC. Así, por ejemplo, las SSTS 26 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10415); 24 de julio de 2014 (RJ 2014, 4590); o 19 de mayo de 2015, (RJ 2015, 2449) señalan que los pagos, aunque conlleven una disminución del haber del deudor y reduzcan la garantía patrimonial de los acreedores, no pueden considerarse siempre perjudiciales para la masa. Su justificación se determina por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, de modo que no tiene justificación el abono de 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*”. Y reconocen que, no obstante, en alguna ocasión pueden concurrir circunstancias excepcionales que dejen sin justificación determinados pagos por vulnerar la *par conditio creditorum*.

⁸⁵ Señalan los siguientes artículos del TRLC:

Artículo 227 TRLC (Presunciones absolutas de perjuicio): *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real.*

Artículo 228 (Presunciones relativas de perjuicio): *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:*

1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real.

Artículo 229 (Prueba del perjuicio): *Cuando se trate de actos no comprendidos en el artículo anterior, el perjuicio patrimonial para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.*

⁸⁶ Para LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005) el *factoring* no puede ser objeto de acciones de reintegración dado que el anticipo del factor equivale al pago en efectivo. Concurso, cit., pp. 95 y 96.

⁸⁷ ARIAS VARONA, F. J. (2007): El contrato, cit. p. 862.

⁸⁸ Señala el art. 239 (Separación de bienes y derechos):

“1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos.

2. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal.

3. La sentencia que se dicte en el incidente de separación será directamente apelable. La tramitación y la resolución de este recurso de apelación tendrán carácter preferente.”.

⁸⁹ Señala el art. 1597 CC. “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”.

⁹⁰ La STS 62/2014 de 25 de febrero de 2014 recuerda que, la jurisprudencia en la actualidad —y también cuando estaba vigente la Ley Concursal anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011— entiende que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra con base en el artículo 1597 CC cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso (SSTS 322/2013, de 21 de mayo y 756/2013, de 11 de diciembre). En el caso enjuiciado la reclamación había sido posterior.

⁹¹ GARCÍA-CRUCES, J. A. (2017): El contrato de “factoring”. En *Contratos mercantiles* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.), Tomo I, 6.^a edición, Edit. Aranzadi, p. 1309.

⁹² LEÓN SANZ, F. (2004): Artículo 71. Acciones de reintegración. En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo, Á. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, p. 1305 y SANCHO GARGALLO, I. (2017): *La rescisión concursal*. Edit. Tirant Lo Blanch, p. 79 entienden que la noción de “acto perjudicial” debe ser entendida en sentido amplio.

⁹³ CIFREDO ORTIZ, P. (2021), que además recuerda que ésta es la modalidad que se usa actualmente, habiendo quedado el *factoring* preliminar en desuso. *El Contrato*, cit. p. 331

⁹⁴ Justifican la validez de la cesión de créditos futuros con apoyo en el art. 1271 CC, PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): Cesión de créditos, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 41, núm. 4, p. 1094; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996): *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Edit. Civitas, pp. 76 y ss. y GARCÍA VICENTE J.R. (2004): Artículos 61 a 63., cit. p. 575.

⁹⁵ La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponde a la administración concursal (art. 231 TRLC). Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción rescisoria, identificando el acto concreto que se trate de rescindir y el fundamento de la rescisión, estarán legitimados para ejercitárla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. (art. 232.1 TRLC).

⁹⁶ Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa activa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a

quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Y, Si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el deudor, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 235. 4 y 5 TRLC).

⁹⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., (2017) La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal. En *Jurisprudencia y concurso* (dir. García Cruces, J.A.). Edit. Tirant Lo Blanch, p. 1187.

⁹⁸ Si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado (art. 236. 3 TRLC).

⁹⁹ CARRASCO PERERA, A. (2009): Los derechos, cit. Los derechos, cit., p. 458, y GARCÍA VICENTE, J.R. (2014): Concurso del cedente en el contrato de *factoring* y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5. 1.^º de la Ley Concursal. En La reintegración en el concurso de acreedores (dir. García-Cruces, J.A.), 2.^a edición. Edit. Aranzadi, p. 441.

¹⁰⁰ SANCHO GARGALLO, I. (2017): *La rescisión concursal*, cit., p. 226 y CIFREDO ORTIZ, P. (2021): *El contrato*, cit. pp. 340-341.

¹⁰¹ LEÓN SANZ, F./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., p. 95.

¹⁰² CIFREDO ORTIZ, P. (2021): *El contrato*, cit. pp. 340-341.

¹⁰³ LEÓN SANZ, F.J. / RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit. p. 96. Para estos autores, al igual que ocurre en el concurso del cedente, la norma se justifica por la necesidad de evitar el rigor de la retroacción del régimen concursal derogado, p.100.

¹⁰⁴ ARIAS VARONA, F. J. (2007): *El contrato* cit. p. 873.

¹⁰⁵ LEÓN SANZ, F.J. / RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., pp. 104 y ss.

¹⁰⁶ PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): *Cesión*, cit., p. 1041

¹⁰⁷ En relación con la tercería de dominio planteada fuera del concurso en un supuesto de *factoring* sin recurso, el Tribunal Supremo ha señalado: “Asimismo en la cláusula primera y, se ratifica en la condición quinta de las condiciones particulares del contrato, se hizo constar expresamente que se trataba de *factoring* sin recurso y que el factor asumía el riesgo de insolvencia del deudor en las condiciones que se especifican. En esta modalidad de la relación —*factoring* propia— a los servicios que la caracterizan prestados por el factor, se incorpora el de garantía, al asumirse el riesgo de insolvencia (sentencias de 2-2-2001 y 28-5-2004). Se está por tanto ante contrato de *factoring*, en el que la actora pagó las 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 2.003 contempla 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 1.450 del Código Civil, según el cual la venta se perfecciona con el simple acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque no de una ni de otro se hayan entregado y añade que en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de un cobro —que no es el caso presente—, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* —ha de ser válidamente celebrado— originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos y ello significa que, cuando el cesionario del crédito interpone tercería de dominio para el levantamiento de los créditos, los incorporó a su patrimonio y con mayor razón si asumió el riesgo de impago. La tercería ha de estimarse, pues la traba se presenta aquí posterior a la cesión de los créditos (STS 3408/2007, de 31 de mayo de 2007).

¹⁰⁸ Esta tesis, estando vigente la LC, la defendían LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., p. 111, siguiendo el planteamiento anterior a la Ley Con-

cursal de VEIGA COPO, A.B. (2003): Prenda de créditos y negocio fiduciario —venta en garantía—, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 89, pp. 57 y ss., y ARIAS VARONA, F.J. (2007): El contrato, cit., p. 876.

¹⁰⁹ Señala ALONSO LEDESMA, C., que con la referencia a la “prenda de créditos de la masa activa” parece que el legislador quiere hacer hincapié en que se trata de prenda de créditos “actuales”. (2020). Comentario al art. 271. En Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal.: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, pp. 546-547. Tratándose de prenda de créditos futuros, el n.º 3. del art. 271 exige para ser tratada como crédito especial a que, antes de la declaración de concurso, concurran dos requisitos: *1.º Que los créditos futuros hubieran nacido de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración. Y, 2.º Que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente.*

¹¹⁰ En este sentido también CIFREDO ORTIZ, P. (2021): El contrato, cit. p. 362.

¹¹¹ GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000): Quiebra, cit., pp. 33 y 34.

¹¹² LEÓN SANZ, F./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., p. 114.

¹¹³ RECALDE CASTELLS, A. (2005): La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring. En *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Edit. Marcial Pons, pp. 4344 y 4345, y ARIAS VARONA, F.J. (2009): Las distintas, cit., p. 272.

*Trabajo recibido el 28 de noviembre de 2024 y aceptado
para su publicación el 16 de enero de 2025*

