

CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS Y *FACTORING*: A PROPÓSITO DE UNA LECTURA DE LOS PRECEPTOS QUE DEDICAN AL TEMA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS ¹

ANTONIO ORTÍ VALLEJO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, don Juan CADARSO PALAU, doña Cristina PAREDES SERRANO, don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ y don Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

EN este trabajo se estudia la cesión de créditos futuros en el Derecho español utilizando como elementos comparativos los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el *Draft Common Frame of Reference*. La cesión de créditos futuros –que en la mayoría de los casos se enmarca en contratos de *factoring*– puede recaer sobre créditos que surgirán de contratos ya celebrados y sobre créditos derivados de contratos que, en el momento de la cesión, ni siquiera se han concertado. El trabajo aborda, primeramente, el problema de carácter general y no exclusivo de la cesión de créditos futuros –pero que aquí se acrecienta–, del deslinde entre las cesiones plenas y las figuras a las que, pese a utilizar el molde de la cesión, no se les puede otorgar el efecto traslativo (cesión con finalidad de cobro o cesión en garantía). En segundo lugar, intenta clarificar el incierto panorama que provoca en España la variedad de cesiones y de tipos de *factoring* que registra la práctica, sus equívocas denominaciones y configuración, carentes de un adecuado contraste con los principios generales del contrato. En tercer y último lugar, el aspecto central del trabajo se enfrenta a los problemas de la eficacia de la cesión de créditos futuros frente a terceros, especialmente, frente a los acreedores del cedente y frente al concurso de éste. El estudio combate el criterio de otorgar en todos los casos efecto retroactivo a la cesión, como ocurre en los PECL y en nuestra disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, por la que introdujo para determinadas cesiones de créditos futuros un sistema especial de eficacia. Para ello se atiende al examen de los derechos que ostenta en cada caso el adquirente de una cosa futura en el Derecho común de los contratos y en lo que respecta a la referida disposición, en su descoordinación con la Ley Concursal.

Palabras clave: cesión de créditos futuros, *factoring*, efectos de la cesión frente a terceros.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del proyecto «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (*Spanish Network of European Private and Comparative Law*, ref.: SEJ2006-27567/JUR1), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y dirigido por el profesor Martín Casals.

ASSIGNMENT OF FUTURE CLAIMS AND FACTORING: ON PURPOSE A READING ABOUT THE RULES ON THIS SUBJECT INCLUDED IN THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

ANTONIO ORTÍ VALLEJO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} *Premio Estudios Financieros 2010* en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Díez Pícazo y Ponce de León, don Juan Cadarso Palau, doña Cristina Paredes Serrano, don Jesús Quijano González y don Fernando Rodríguez Artigas.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

This paper analyses the assignment of future claims in Spanish law using as comparative elements the Principles of European Contract Law and the Draft Common Frame of Reference. The assignment of future claims, which in most cases is part of factoring contracts, may be some future rights to performance that will arise from contracts already concluded and also from contracts which have not been done at the time of assignment. First, the paper focuses the general problem, and not unique, of the assignment of future claims –here is increasing–, of the boundary between full assignments and another hypothesis to which, despite of using the mold of the assignment, cannot be transferred effect claims (assignment for purpose of security or in order to collect). Secondly, it tries to clarify the uncertain scene of the subject that in Spain causes the variety of assignments and types of factoring that records the practice, their misleading names and configuration and all without an adequate contrast to the general principles of contract. Third and finally, it deals the central point of facing the problems of the effectiveness of the assignment of future claims against third parties, especially towards the creditors of the assignor and the assignor bankruptcy. The paper combats the criterion of holding in all cases a retroactive effect at the assignment time, as it is in the PECL and the third additional disposition of the Spanish Law 1/1999. Both introduced some special system priorities and effectiveness for certain assignments of future claims. With that aim the paper analyses the general hypothesis of purchasing future assets on the general principles of contract in each cases and regarding the above mentioned disposition, which is not coordinated with the Bankruptcy Spanish Act.

Keywords: assignment of future claims, factoring, effectiveness of assignment against third persons.

Sumario

Introducción: La función de financiación de la cesión de créditos y, en especial, la de créditos futuros; incertidumbres sobre su eficacia.

1. La cesión de créditos futuros en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y su encuadre en el Derecho español.
2. La cesión plena traslativa y las cesiones en garantía y con finalidad de cobro.
3. Momento en que produce efecto la cesión de créditos futuros.
4. El requisito de la determinación del crédito futuro. Los mal llamados *factoring* normativo y *factoring* contrato preliminar.
5. Eficacia de la cesión de créditos futuros. En particular, las cesiones de una pluralidad de créditos.
 - 5.1. Eficacia de la cesión respecto de terceros: cesionario sucesivo y acreedor del cedente.
 - 5.2. Los adicionales inconvenientes de la cesión de una pluralidad de créditos futuros.
 - 5.3. El régimen especial de eficacia de la cesión establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999.
 - 5.4. Eficacia en caso de concurso del cedente.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DE FINANCIACIÓN DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS Y, EN ESPECIAL, LA DE CRÉDITOS FUTUROS; INCERTIDUMBRES SOBRE SU EFICACIA

La institución que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas para la transferencia *inter vivos* de los derechos de crédito es la cesión (del crédito), que se erige así en el instrumento jurídico a través del cual se realiza el tráfico de los mismos. Sin embargo, en el Derecho español resulta insuficiente la mera cesión para operar la transmisión del derecho, puesto que necesita ir acompañada de un elemento negocial adicional (compraventa, donación, etc.) que justifique la transferencia del crédito². El Código Civil (CC) regula la cesión de créditos dentro de la compraventa (arts. 1.526 y ss. del CC), en sintonía con la hipótesis de cesión más común en la práctica –la que sirve de cauce al mercado del crédito– que es siempre una transferencia onerosa. Desde este enfoque –que es del que vamos a partir– que acota este trabajo a las cesiones de crédito onerosas, es de observar que el activo patrimonial que supone todo crédito y que se cede porque su titular no puede realizarlo todavía (no ha vencido, no se ha liquidado o lo impiden otras razones) sirve la mayoría de las veces para obtener liquidez inmediata³ o, lo que es lo mismo, para conseguir financiación, para lo cual se vende el crédito a un valor inferior al nominal, de manera que el cesionario se lucra con la diferencia entre el precio que paga por la cesión y la cantidad que obtendría del deudor cedido. También puede conseguirse financiación por una vía distinta de la cesión utilizando el crédito como garantía de un préstamo, constituyendo una prenda sobre el mismo.

Esta función de financiación es si cabe más evidente en el caso de la cesión de créditos futuros, bien porque la relación jurídica o el contrato entre el cedente y el deudor –ya constituidos– están en curso de ejecución (caso del contrato de tracto sucesivo en ejecución) o pendientes de ejecución por estar sujetos a término inicial⁴, o el supuesto de crédito está sujeto a una condición⁵ o los casos

² Por todos PANTALEÓN PRIETO (1988), págs. 1.037 y 1.038.

³ Como activo patrimonial también puede ser objeto de cesión como permuta, aportación social o colaboración [ROMERO MATUTE (2005), pág. 19].

⁴ Señala HERRERA (2005), pág. 34, que la cesión de créditos futuros se ha empleado para la financiación de proyectos de construcción de infraestructuras públicas durante los últimos años, permitiendo a las constructoras el acceso a los fondos necesarios para afrontar los costes de construcción, al tiempo que se trata de evitar los efectos que las formas tradicionales de préstamo tienen para las empresas, al incrementar la cifra de su pasivo y sus gastos financieros, lo que limita su capacidad de endeudamiento; en estos casos, usualmente se ceden las certificaciones de obra ya realizada, pendientes únicamente para su pago por la Administración, de la recepción final. Las SSTs de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9246) y 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3048) contemplan supuestos de cesión de créditos en contratos de obra pública.

⁵ En la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 4313) se ventiló un caso de cesión sujeta a condición suspensiva, pues se trataba de una subvención administrativa, cedida antes de que la Administración dictara la resolución definitiva de la

en que el crédito está pendiente del cumplimiento de algún requisito administrativo ⁶. Pero, también es frecuente, sobre todo en el contrato de *factoring*, la cesión de un derecho de crédito que surgirá de una relación jurídica o de un contrato que ni siquiera se han constituido. Esta segunda modalidad de cesión puede recaer sobre un crédito o sobre una pluralidad de créditos (cesión global anticipada). Pensemos, con relación a esta última posibilidad, en la cesión que realiza un empresario de un conjunto de créditos futuros de algunos de sus habituales clientes, antes de que los contratos con los mismos estén concertados. El contrato de *factoring*, que tanto desarrollo ha tenido en España en las últimas décadas, con independencia de sus muchas variedades y funciones, una de ellas es la de financiación, que aparece cuando se cede una pluralidad de créditos futuros a cambio de un corrispectivo o prima (cesión pura y simple) o cuando se ceden en pago de un préstamo (dación en pago) o se utilizan como garantía de un préstamo (cesión en garantía) ⁷. Desde este momento conviene dejar claro que el *factoring*, por más que sea un contrato atípico, no por ello puede obviar el carácter típico del instrumento que emplea, que es el de la cesión de créditos que, a su vez, como ya se ha dicho, habrá de completarse con una suficiente justificación para que se opere la transferencia del crédito.

Sin embargo, la cesión de créditos futuros no está exenta de incertidumbres. Una, y primera, tal como se desprende de lo que acabamos de decir, relativa a las diferencias entre las cesiones plenas y las figuras a las que, pese a utilizar el molde de la cesión, no se les puede otorgar el efecto traslativo (cesión con finalidad de cobro o cesión en garantía), cuestión que, aunque no es exclusiva de la cesión de créditos futuros, tiene una especial incidencia en éstos y que se complica ante la diversidad de variedades de cesiones y de tipos de *factoring* que registra la práctica. En segundo lugar, incertidumbres en cuanto a los límites de validez de una cesión global anticipada de créditos futuros, puesto que una disposición de este tipo puede conculcar los derechos de otros acreedores del cedente que ven mermada *ex ante* la garantía genérica que ostentan sobre el patrimonio (futuro) de su deudor. En tercer lugar, incertidumbres, en fin, en cuanto a la eficacia de estas cesiones frente a los acreedores del cedente en caso de concurso de éste. Todo lo anterior se complica aún más en España por la improvisada, defectuosa y polémica disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 de las Entidades de Capital-Riesgo, que introdujo para determinadas cesiones de créditos futuros un sistema especial de eficacia frente a los acreedores del cedente y que, recientemente, ha recibido una nueva redacción por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Adicionalmente, el abanico de problemas descrito se complica más con la necesaria distinción –ya apuntada– entre las dos tipologías de créditos futuros, los que surgirán de relaciones jurídicas ya existentes al tiempo de celebrarse aquélla y aquellos otros que surgirán de relaciones jurídicas o contratos todavía no entablados al tiempo de la cesión.

concesión de la subvención. También puede servir como ejemplo el caso de pignoración del derecho a las devoluciones del IVA [cfr. STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 3455)]. En ambos casos, el derecho que el cedente y pignorante, respectivamente, transmitió y gravó, estaba sujeto a la decisión final de la Administración.

⁶ La STS de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3565) contempla un supuesto de cesión de créditos que estaban pendientes del cumplimiento de determinados requisitos debido al carácter de comercio exterior de la operación y la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 200, 4313) de cesión de créditos también pendientes de determinados requisitos administrativos.

⁷ Sobre la función de financiación en estos casos, LEÓN SANZ (2005), pág. 4.138, señala que el objeto del *factoring* se centra en los créditos que surgen en el marco de las relaciones comerciales estables que constituyen la fuente de flujos ordinarios de ingresos para las empresas que de esa manera obtienen liquidez y regularidad en los mismos.

En estas páginas nos proponemos estudiar la situación actual de la cesión de créditos futuros en el Derecho español, pero, además, tomando como pretexto y punto de partida la regulación que realizan del mismo los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, PECL, en su acrónimo inglés⁸). La normativa de los PECL sobre la cesión de créditos sigue muy de cerca –aunque más perfilada– las reglamentaciones internacionales precedentes, contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional (en adelante, Convención ONU) y en el Convenio Unidroit sobre *factoring* internacional –éste España no lo ha ratificado– (en adelante, Convenio Unidroit), cuyas concordancias y diferencias con los PECL serán objeto de reflexión. También vamos a utilizar como referente comparativo en este estudio la normativa que sobre el tema contiene el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DFCR) elaborado por el *Study Group on a European Civil Code*⁹.

1. LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y SU ENCUADRE EN EL DERECHO ESPAÑOL

El capítulo 11 de la tercera parte de los PECL se ocupa de la cesión de créditos¹⁰, refiriéndose en varios de sus preceptos a los créditos futuros. En el primero que dedica al tema de la cesión –art. 11:101, que se ocupa del ámbito de aplicación del capítulo– señala en su apartado 1 que se aplica a la cesión convencional de un crédito derivado de un contrato presente o futuro. De forma más precisa, el artículo 11:102 que regula los créditos que son susceptibles de cesión, nos proporciona una idea más exacta de a qué se refieren los PECL por crédito futuro, al establecer en el apartado 2 el requisito de la determinación o identificabilidad del crédito, exigible para que pueda ser objeto de cesión: «Un crédito futuro nacido de un contrato vigente o futuro puede cederse si en el momento en que comience a existir o en el momento que dispongan las partes, puede ser identificado como el crédito al que la cesión se refiere». Por su parte, el artículo 11:202, apartado 2, vuelve a referirse al contrato futuro a propósito del momento en el que produce efecto la cesión, estableciendo: «La cesión de un crédito futuro está subordinada a que el crédito cedido llegue a existir, pero tomará efecto desde el momento del convenio de cesión o en otro momento ulterior que el

⁸ LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2002), *The Principles of European Contract Law*, Part III. Una versión íntegra en inglés puede verse en la siguiente dirección web: <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>.

⁹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DFCR)*, outline edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*. Edited by Christian VON BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO and Fryderyk ZOLL. Entre otras muchas entradas en internet una versión íntegra en inglés puede verse en la siguiente dirección web: http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

¹⁰ Ni que decir tiene que cuando se habla de cesión de créditos se incluyen no sólo los créditos que dimanen de un contrato (hipótesis más frecuente), sino todo tipo de derechos cedibles aunque su origen sea distinto al contractual. En este sentido los PECL establecen en el artículo 11:101, apartado 2, que la regulación de la cesión se aplica a otros créditos transmisibles distintos de los surgidos de contrato. Concordemente, el CC en el artículo 1.523 se refiere a la transmisión del crédito, derecho y acción. El DFCR en el III.-5:101 se refiere a la cesión de un derecho al cumplimiento de una obligación (la obligación puede ser contractual o no).

cedente y el cesionario acuerden». Aunque hay algunas previsiones adicionales en los PECL relativas a los créditos futuros, baste por ahora.

En la doctrina española, pese a la escasa atención que ha recibido la cesión de créditos futuros –salvo para aquellos que se han ocupado del *factoring*–, desde hace años la mayoría de los autores se han pronunciado en el sentido de admitir la validez de la cesión de créditos futuros con apoyo el artículo 1.271 del CC, que establece que puedan ser objeto de contrato las cosas y los derechos futuros¹¹. Sobre el encuadre sistemático y conceptual de la cesión de créditos futuros, imprescindible para la resolución de los problemas que la figura plantea en la práctica, de acuerdo con el enfoque de este estudio que se limita a las cesiones onerosas, es evidente el paralelismo que guarda con la venta de cosa futura en su modalidad de *emptio rei sperate*¹². En la venta de cosa esperada, en el ínterin de que llegue o no a existir la cosa, el vendedor, en principio, asume dos obligaciones de hacer. Una negativa, de no impedir el nacimiento de la cosa; y otra positiva, de hacer todo lo posible para que la cosa nazca¹³. Asimismo, la venta de cosa futura, de acuerdo con la mejor doctrina, se considera sujeta a condición suspensiva¹⁴, con lo cual el adquirente (en nuestro caso el cesionario) será titular de una expectativa o posición jurídicamente protegida¹⁵. Sobre esto volveremos más adelante. Ahora lo que interesa es fijarse en que si, finalmente, la cosa no llega a nacer, no podrá entregarse¹⁶, lo que conllevará en el caso de cesión de crédito, que no se produzca la adquisición por el cesionario, con lo cual la compraventa (cesión del crédito) quedará sin objeto¹⁷. En ese caso, a nuestro juicio, el cesionario dispondrá de la facultad de resolver el contrato de cesión¹⁸, pues al no poder cumplirse el efecto adquisitivo por inexistencia del objeto, queda sin causa la corresponsabilidad del comprador en orden al pago del precio¹⁹. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad indemnizatoria en que

¹¹ HERRERA (2005), pág. 38; GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), págs. 76 y ss.; GARCÍA VICENTE (2004), pág. 575; GAVIDIA (1993), pág. 207; NAVARRO (1988), págs. 107 y 108; PANTALEÓN (1988), pág. 1.094, que cita doctrina alemana e italiana. Cfr. las citas de Derecho extranjero en relación a la cesión de créditos futuros, en BARRES, EMBID y MARTÍNEZ (2007), págs. 141 y 142. En el mismo sentido, aunque respecto a la pignoración de créditos futuros, CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008), pág. 267. En contra de la cedibilidad de estos créditos ROCA GUILLAMÓN (1976), pág. 90, que considera que no es posible por ir contra el artículo 1.529 del CC que sanciona la responsabilidad por la *veritas nominis* al tiempo de la venta y mal se puede garantizar ésta si el crédito no ha nacido todavía.

¹² Sobre el paralelismo de la cesión de créditos futuros con la venta de cosa futura en su modalidad de *emptio rei sperate*, GARCÍA CRUCES (1989), págs. 397 a 399. También es la opinión mayoritaria en Italia: DOLMETTA y PORTALE (1985), pág. 267.

¹³ Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2001), pág. 261. Respecto a la cesión de créditos futuros, se refieren a la obligación del cedente de hacer todo lo necesario para que el crédito nazca: GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), pág. 93 y ROMERO MATUTE (2005), pág. 73.

¹⁴ Por todos ROGEL VIDE (1975), págs. 260 a 268. La STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 3455) en un supuesto de pignoración de crédito futuro, dice textualmente en el FD 2.º: «...el crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma...».

¹⁵ ROGEL VIDE (1975), págs. 275 a 280.

¹⁶ ROGEL VIDE (1975), pág. 266.

¹⁷ PANTALEÓN (1988), pág. 1.094. Para ROGEL VIDE (1975), págs. 266 y 267, el contrato deviene ineficaz como un todo, es decir, afecta también al aspecto sinalagmático.

¹⁸ La acción resolutoria también en ROGEL VIDE (1975), pág. 322, que señala que la imposibilidad sobrevenida es causa de resolución.

¹⁹ Es el criterio que mantuvo la STS de 30 de octubre de 1981 (RJ 1981, 5467) en un caso de venta de cosa futura.

el cedente pueda incurrir por incumplimiento de sus obligaciones de hacer antes vistas, es decir, en los casos en los que la falta de cumplimiento de la condición haya sido provocada por su conducta.

En la práctica, los problemas se presentan a la hora de distinguir los dos tipos de créditos futuros sobre los que puede recaer la cesión, la relativa a créditos futuros surgidos de relaciones jurídicas ya existentes al tiempo de celebrarse aquélla, y cuando tiene por objeto créditos que surgirán de relaciones jurídicas todavía no entabladas al tiempo de la cesión. El momento en que produce eficacia la cesión es diferente en uno y otro caso. También existen inconvenientes relativos al cumplimiento de los requisitos de determinación de los créditos futuros. Así mismo, en fin, problemas en cuanto a los límites de validez y de eficacia frente a terceros²⁰. En las páginas que siguen examinaremos cada una de estas cuestiones con separación.

Pero antes, como cuestión previa que afecta muy particularmente a la cesión de créditos futuros –como ya se ha apuntado–, es necesario deslindar la cesión como negocio que tiene por efecto la transmisión del crédito de los supuestos en los que se utiliza el molde de la misma para cumplir finalidades diferentes. En España la cuestión es importante desde el punto de vista práctico, debido a la confusión provocada por las múltiples modalidades de cesiones que se realizan y las más en el ámbito del *factoring*. Los PECL, además, contienen previsiones en este sentido.

2. LA CESIÓN PLENA TRASLATIVA Y LAS CESIONES EN GARANTÍA Y CON FINALIDAD DE COBRO

Los contratos de cesión de créditos futuros y particularmente los contratos de *factoring* se configuran de formas muy diversas y con finalidades distintas a la que en principio le es propia, que es la transmisión del derecho. El que haya o no cesión plena conlleva importantes consecuencias en orden a los derechos de las partes y de los terceros –sobre todo acreedores del cedente– en situaciones de conflicto²¹. En los sistemas abstractos en los que las transmisiones patrimoniales *inter vivos* se descomponen en un acuerdo abstracto distinto e independiente del negocio de obligación en el que pueden apoyarse, no ofrece duda la validez y eficacia de las cesiones basadas en negocios subyacentes no traslativos²². Probablemente, para contentar a los países en los que impera este sistema, los PECL

²⁰ Ya advertía PANTALEÓN (1988), pág. 1.096, y ofrecía solución sobre estos problemas, señalando para otros que el análisis y solución de los mismos, necesariamente tipológico, requería una previa o concomitante elaboración jurisprudencial, inexistente en ese momento.

²¹ Los conflictos usualmente giran en torno a tercerías de dominio instadas por el cesionario frente al embargo del crédito trabado por un acreedor del cedente. Sin perjuicio de profundizar en los mismos, anticipamos como casos en los que se debate en torno a si la cesión tenía o no efectos traslativos: SSTS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 938) y 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9246) y en las SSAP de Madrid de 10 de julio de 1996 (AC 1996, 2553), de Madrid de 15 de febrero de 2000 (JUR 2000, 203272), de Barcelona de 18 de febrero de 2000 (AC 200, 5222) y de Tarragona de 27 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 41325).

²² MEDICUS (1995), págs. 329 y 334, que señala que con arreglo al principio de abstracción, la efectividad de la cesión es fundamentalmente independiente de la realidad del negocio causal... con lo que la cesión en garantía de un crédito (con frecuencia futuro) transmite las pretensiones contra el deudor cedido al acreedor.

desde el principio declaran que la normativa de la cesión se aplica a la cesión en garantía, estableciendo al respecto el artículo 11:101, 4.º, que «en el presente capítulo el término cesión comprende las cesiones a título de garantía». Pero, no sólo eso, sino que, además, el apartado 5.º del mismo precepto añade que las reglas de la cesión resultarán de aplicación al otorgamiento de un derecho de garantía del crédito por un mecanismo distinto de la cesión, eso sí, con las adaptaciones correspondientes. Esto último significa que, en principio, la normativa de la cesión va a resultar aplicable también a figuras tales como la prenda de créditos o la fiducia *cum creditore* (en donde ésta se admita).

Sin embargo, en nuestro Derecho lo anterior es inadmisibles, al igual que en otros muchos sistemas causalistas de Europa²³ e, incluso, en el *common law*²⁴. En el Derecho español la causa de la cesión consistiría en un elemento constante –la función de transferencia del derecho de crédito– pero insuficiente para operar ese efecto si no va acompañada de la específica función o finalidad a la que en cada caso la transmisión responda: compraventa, donación, dación en pago, etc.²⁵. Partiendo de ese postulado que no puede ser más claro, la consecuencia es que en todos aquellos supuestos en los que la cesión sirve para cumplir una función distinta de la genuina transmisión del crédito, la cesión no producirá el efecto que le es propio, lo que no excluye que pueda producir otro u otros: el que le corresponda según su función económico-jurídica. Así, la cesión con finalidad de cobro no transmite la titularidad, sino que el cesionario no es más que un mandatario o representante²⁶, y si se trata de una cesión en garantía, el adquirente se convierte en titular de una mera garantía prendaria sobre el crédito²⁷. A sensu contrario, es cesión plena y produce la transferencia del crédito, la cesión en pago de una obligación preexistente o simultánea al acuerdo de cesión y tanto en su modalidad *pro soluto*, en la que coetáneamente se extingue la obligación del deudor/cedente, como en la *pro solvendo*, en la que la obligación del cedente permanece en suspenso hasta que el cesionario satisface su interés por el pago del crédito cedido²⁸.

En relación al *factoring*, dependiendo de cómo se articule el contrato en cada caso, puede cumplir diversas funciones de desigual alcance y significado, que van desde la mera comisión de cobro hasta la más genuina función de financiación que aparece cuando hay una compraventa de créditos por el factor²⁹. Los problemas comienzan al analizar las diferentes modalidades de *factoring*, apreciando cierta confusión debido a que en la práctica los contratos adoptan las diferentes tipologías

²³ Esto explica que el DCFR, se distancie claramente de los PECL y, por el contrario, establezca en el III.-5:103 la regla cabalmente contraria, a saber: que a las cesiones con finalidad de garantía se le aplican prioritariamente las normas del libro IX dedicadas a los derechos de garantía. En otras palabras, la aplicación de las reglas de la cesión a las cesiones en garantía es meramente supletoria y ni siquiera se plantea en los casos en los que el objeto de la garantía es un crédito.

²⁴ En el Derecho inglés se distingue la *absolute assignment* del *assignment by way of charge*. Cfr. PEEL (2007), pág. 719, que recoge el caso Durham BROS vs. Robertson, típico ejemplo de cesión de un crédito en garantía de un préstamo hasta que el dinero fuese devuelto.

²⁵ DÍEZ PICAZO (1996), vol. II, pág. 806. NAVARRO PÉREZ (1988), págs. 42 y 43. PANTALEÓN (1988), pág. 1.038. ROMERO MATUTE (2005), pág. 36.

²⁶ DÍEZ PICAZO (1996), vol. II, pág. 810. PANTALEÓN (1988), págs. 1.039 a 1.041. ROMERO MATUTE (2005), pág. 37.

²⁷ DÍEZ PICAZO (1996), vol. II, pág. 809. PANTALEÓN (1988), págs. 1.043 a 1.050. CASTILLA CUBILLAS (2002), págs. 129 y 130.

²⁸ DÍEZ PICAZO (1996), vol. II, págs. 807 y 808. GARCÍA VICENTE (2004), págs. 578 y 579. PANTALEÓN (1988), págs. 1.039 a 1.041.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), págs. 164 y 165.

de cesiones y los clausulados de los mismos presentan con frecuencia ambivalencias. Desde nuestro punto de vista, es necesario establecer pocas reglas, pero muy claras. Hay que partir de la conocida distinción entre los llamados «*factoring* propio» o «sin recurso», que es aquel en el que la entidad de *factoring* (cesionario) asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido, y el «*factoring* impropio» o «con recurso», en el que el cedente responde de la solvencia del deudor. Compartimos el criterio de que el *factoring* propio es asimilable a una compraventa, pero discrepamos cuando se afirma que el impropio es una situación semejante al descuento y reconducible a las hipótesis de las cesiones en garantía y a la prenda de créditos³⁰. Por el contrario, el *factoring* impropio no debe asimilarse como regla a las cesiones en garantía. Estimamos que el impago por el deudor cedido al cesionario funciona con carácter subordinado, como en la cesión *pro solvendo*, es decir, para que pueda regresar contra el cedente la cantidad que pagó por la cesión. Pero, sólo cuando el deudor del crédito cedido no cumpla o, tratándose de cesión de crédito futuro, si éste no llega a nacer. La cesión *pro solvendo* tiene –igual que la *pro soluto*– una función solutoria, puesto que el acreedor que recibe la cesión para pago se satisfará de su crédito mediante la realización del crédito cedido y sólo cuando ésta fracase podrá regresar contra el cedente³¹. Este dato distingue claramente la cesión *pro solvendo* de las garantías en sentido estricto, ya que en éstas no se le impone al acreedor de la obligación garantizada la realización de la garantía en un primer momento, sino que ésta funciona en caso de incumplimiento del crédito garantizado³²; es decir, el acreedor (cesionario en garantía del crédito) habrá de dirigirse primero contra el deudor (cedente del crédito cedido en garantía) y en caso de incumplimiento pondrá en marcha la realización del crédito (cedido en garantía). En cuanto a que el cedente responda o no de la llamada *bonitas nominis* (art. 1.529, 1.º del CC), es una cuestión que no desnaturaliza ni convierte a la cesión en una operación distinta concurra o no, por tratarse de una mera asunción o no de un riesgo y como tal absolutamente disponible³³. Por similares razones, de acuerdo con la mayoría de la doctrina mercantilista y la jurisprudencia del TS, también el descuento bancario es cesión plena³⁴. A lo sumo, lo que se discutiría en el descuento es si se trata de una venta del crédito con garantía de asunción del riesgo por el cedente o de un préstamo a cambio de una cesión del crédito *pro solvendo*³⁵, situaciones ambas que, como acabamos de afirmar, son asimilables. Además, aunque exista una causa *credendi*, la finalidad del descuento es la anticipación del importe de un crédito no vencido y no como en el préstamo que es una mera entrega de dinero durante un tiem-

³⁰ RECALDE CASTELLS (2005), págs. 4.336 y 4.338 a 4.340.

³¹ CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008), pág. 263.

³² PANTALEÓN (1988), págs. 1.053. CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008), pág. 263, que matizan que la función solutoria (no de garantía) que la cesión *pro solvendo* tiene, desaparece cuando se cede un crédito en pago al momento en que se constituye la obligación o antes del vencimiento de la deuda para cuyo pago se cede el crédito. Sin embargo, este último planteamiento llevaría a que las cesiones de créditos futuros relativos a contratos que todavía no han nacido casi siempre habría que calificarlas en garantía. Lo normal es que se pacte la cesión *pro solvendo* debido al alto riesgo que el cesionario asume cuando retribuye al cedente anticipadamente.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), pág. 132. En apoyo de este mismo punto de vista, ROMERO MATUTE (2005), pág. 32, añade que las responsabilidades del cedente, tanto de la *bonitas nominis* como de la *veritas nominis*, tienen alcance y significación propio e independiente de que la cesión sea una compraventa o sea una cesión solutoria (*pro solvendo* o *pro soluto*). Del artículo 1.529 del CC se desprende claramente que los supuestos en los que el cedente responde por el crédito cedido dependen del pacto, pero también de otros factores que el legislador ha dispuesto imperativamente (mala fe, insolvencia anterior y pública) y nada indica que esas circunstancias afecten al negocio de cesión.

³⁴ FÍNEZ RATÓN, (1993), págs. 131 y 132 y doctrina que cita. Sobre el carácter traslativo del descuento bancario cfr. SSTS de 21 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2220) y 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6742).

³⁵ DIEZ PICAZO (1996), pág. 807. PANTALEÓN (1988), pág. 1.055. En sentido parecido, GARCÍA VICENTE (2004), pág. 578.

po determinado³⁶. En definitiva, en el *factoring* impropio, como regla, también hay cesión plena porque funciona de manera diferente de la cesión con finalidad de garantía.

Nuestra jurisprudencia no siempre contribuye a clarificar el anterior panorama. Exponente de esta confusión es la STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8897), que trata un caso en el que existían razones suficientes para calificarlo como mera gestión de cobro³⁷, junto a esa calificación, aparece también la de que se trataba de una cesión *pro solvendo* y el criterio de que ésta no conlleva la transmisión de los créditos y que, así mismo, era un supuesto de *factoring* impropio o con recurso. La mezcolanza de conceptos es evidente. Tampoco contribuye a despejar las incertidumbres la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 4313), en un supuesto de préstamo en el que el prestatario cedió una serie de créditos futuros, pero no configurándose como una cesión *pro solvendo*, pues conservó el derecho contra el cedente sin estar subordinado al impago del deudor cedido³⁸, sino como auténtica cesión en garantía³⁹, porque la propia sentencia manifiesta la posibilidad alternativa del acreedor de ejecutar el préstamo o cobrar el crédito dado en garantía⁴⁰. Sin embargo, en esta sentencia vuelve a aparecer innecesariamente la afirmación de que la cesión *pro solvendo* no tiene eficacia traslativa. Además, en el caso de esta sentencia lo anterior se mezcla con el tipo de créditos objeto de cesión, que al ser futuros, nacieron después de la suspensión de pagos del cedente, aspecto que trataremos más adelante al tratar de los efectos de la cesión de créditos futuros en caso de concurso del cedente.

Frente a las anteriores, la STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 938) nos parece un buen referente para clarificar el panorama del *factoring* y también, en general, para las cesiones como instrumento de financiación del cedente. Por un lado, establece las diversas funciones que puede cumplir el *factoring* dado su carácter atípico y complejo, a saber gestión de cobro, garantía (cuando se asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido, que no ha de confundirse con la cesión en garantía) y, la más genuina, la de financiación (anticipo del importe del crédito)⁴¹. Por otro lado, distin-

³⁶ ROMERO MATUTE (2005), pág. 34.

³⁷ El supuesto era un caso de póliza de crédito que se hacía efectiva por la entidad de crédito en la medida que se entregasen efectos para su cobro y que se iría saldando a medida que dichos efectos se fueran cobrando. En la sentencia, el argumento de que se trataba de una gestión de cobro, se extrae del hecho de que el cliente mantenía la titularidad de los créditos supuestamente cedidos. Tampoco la sentencia del TS profundiza suficientemente en una de las apreciaciones de la sentencia de instancia, cuando afirma que el banco tercerista podía accionar tanto contra el cliente (cedente), como contra el deudor cedido, lo que revela que no hubo auténtica cesión.

³⁸ El contrato se pactó de manera que, si llegado el vencimiento del préstamo no se hubiese percibido por el banco el importe de los créditos cedidos, el banco podría optar entre esperar a cobrar los créditos cedidos o ejercitar las acciones derivadas de la póliza contra el deudor cedente.

³⁹ De prenda de créditos califica el supuesto de esta sentencia GARCÍA VICENTE (2003), pág. 581, que en el comentario de la misma, señala que en este caso la cesión se acompañó de un conjunto de precauciones y facultades propias de la posición del acreedor pignoraticio: unas enderezadas a la salvaguarda del crédito principal, y así se establece una reserva de acciones hasta el pago íntegro..., otras se dirigen a legitimarle para el cobro del crédito pignorado...

⁴⁰ La sentencia dice que la póliza redactada manifiesta la vigencia del préstamo, pues se reserva el derecho de ejecutarlo que puede darse desde el impago del mismo.

⁴¹ Dice la sentencia en el FD 2.º: «El contrato de *factoring*, que se califica como atípico, mixto y complejo, está destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en variadas funciones de ésta, como son principalmente la administrativa o de gestión –la sociedad se encarga de cobrar el crédito y posibilita que el cliente prescindiera de los medios y gastos burocráticos que tal actividad lleva consigo–, la de garantía –la sociedad, siempre que se cumplan determinadas condiciones delimitadas en el contrato, asume el riesgo de

que las dos modalidades que pueden darse, de «sin recurso» o «propio» y «con recurso» o «impropio», según que el factor asuma o no el riesgo de insolvencia del deudor cedido, diferencia que, desde el punto de vista conceptual, no priva *ab initio* de atribuirle a ambas modalidades efectos traslativos del crédito cedido⁴². Esto no excluye que en el caso concreto existan circunstancias que impidan estimar que hubiese verdadera cesión, como sería fundamentalmente la falta de entrega por el factor al cedente del corrispectivo de la cesión, lo que induciría a pensar que la cesión fue a título de garantía o como mera gestión de cobro⁴³. En el caso concreto de esta sentencia el *factoring* fue con recurso, pero constaba el desembolso que la entidad de *factoring* (tercerista en el caso) había realizado con anterioridad al embargo de las facturas⁴⁴.

En la jurisprudencia menor junto a la anterior doctrina relativa a las distintas funciones del *factoring*, se recoge con frecuencia la idea de que el molde típico del *factoring* es la cesión de créditos⁴⁵.

Insistiendo en esa necesidad de indagación en el caso concreto que señala el TS en la sentencia antes referida, es ilustrativa también la STS de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9246), en un supuesto de cesión por endoso (no propiamente *factoring*) de certificaciones de obra pública al banco prestamista, en la que el cedente (prestatario) era un contratista con la Administración (deudor cedido). La sentencia considera que la cesión era plena, en función de circunstancias tales como que la liquidación de intereses era única y anticipada, el importe del préstamo era sustancialmente similar a la cuantía de las certificaciones y los plazos de amortización del préstamo eran proporcionales a

insolvencia del deudor cedido— y la de financiación —entre las prestaciones ofrecidas por la sociedad se encuentra con frecuencia la de anticipar el importe de los créditos transmitidos al empresario para procurarle una situación de liquidez—, a las que, a veces, se unen otros servicios complementarios, como la contabilidad de ventas, la realización de estudios de mercado, la investigación y selección de clientela, etc...».

⁴² Continúa diciendo el FD 2.º: «...La doctrina admite dos modalidades de este contrato: a) El *factoring* con recurso o impropio, en que los servicios del factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, y en la financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe; y b) El *factoring* sin recurso o propio, donde, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, se incorpora otro de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que va del empresario al factor, de forma que, producida la insolvencia en los términos pactados en el contrato de *factoring*, no recae sobre el cedente sino sobre el cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados...».

⁴³ Continúa diciendo la sentencia en el FD 2.º: «...Conviene explicar que, dada la atipicidad indicada y la diversidad de las funciones que cabe integrar en la relación de *factoring*, no es posible establecer un contenido uniforme de este contrato, por lo que se precisa el análisis de las concretas estipulaciones de cada supuesto particular para conocer exactamente cuáles son las prestaciones a que se obligan los interesados...».

⁴⁴ En el caso que nos ocupa, el contrato de *factoring* entra en el ámbito de los denominados con recurso y con financiación, donde la actora pagó una importante cantidad en concepto de anticipo de las facturas después embargadas, lo que no es combatido en el recurso de casación, y esta operación ha plasmado el consiguiente efecto traslativo de dominio.

⁴⁵ Es frecuente en la jurisprudencia menor la siguiente doctrina: «...desde el punto de vista del Derecho privado el contrato de *factoring* se articula sobre una premisa jurídica regulada por nuestro ordenamiento jurídico, la de la cesión de créditos, aun cuando, a diferencia del Derecho positivo que regula esta figura de forma y carácter aislado, en el contrato de *factoring* la cesión de crédito se configura como una operación en masa, por virtud de la cual el empresario transmite a la sociedad de *factoring* una cartera de créditos que ostenta en el presente y en el futuro respecto de uno o varios de sus deudores que genera su actividad industrial y empresarial, integrando en el negocio jurídico concertado alguna, varias o todas las funciones arriba expresadas...»: cfr. SSAP de Madrid de 10 de julio de 1996 (AC 1996, 2553), de Barcelona de 18 de febrero de 2000 (AC 2000, 5222), de Madrid de 30 de noviembre de 2001 (JUR 2001, 60986) y de Madrid de 27 de junio de 2007 (AC 2007, 1925).

los de pago de las certificaciones ⁴⁶. Asimismo, se afirma el carácter pleno de la cesión, pese a no estar claro si lo fue *pro soluto* o *pro solvendo*, dado que aparece que la operación fue pactada con la cláusula «salvo buen fin» ⁴⁷.

Recapitulando, en el *factoring* hay que partir de la base de que siempre conlleva una prestación de servicio consistente en descargar al cliente del esfuerzo de la gestión y cobranza de sus créditos y facturas. Junto a lo anterior, a través del mismo, el factor o cesionario puede desempeñar una función de financiación del cliente y en este caso puede utilizar los créditos como garantía del préstamo que facilita al mismo, pero también –y aquí estaría la genuina cesión– puede financiar convirtiéndose en nuevo titular de los créditos. Esta segunda hipótesis admite dos modalidades, ambas con función traslativa plena, como ya se vio: cesión en pago (*factoring* sin recurso: el factor acepta el riesgo de la falta de pago del deudor) y cesión para pago (*factoring* con recurso: el factor no asume el riesgo de la falta de pago del deudor). Resulta, sin embargo, que la cesión constituye el cauce institucional predispuesto por el ordenamiento para la circulación de los créditos, lo que, unido a la flexibilidad de la figura, permite que puedan tener cabida en la misma todas las anteriores modalidades ⁴⁸. Esto no excluye que por efecto de las reglas generales que gobiernan nuestro sistema de transmisión de los derechos ínter vivos, sólo las cesiones que se amparen en un negocio causal genuinamente traslativo cumplan ese efecto ⁴⁹. Ni el mandato, ni la representación, ni la cesión en garantía son causas que lleven aparejadas el efecto traslativo de los créditos. Pero, insistimos, como la cesión puede servir de ropaje de todo lo anterior, habrá que precisar en el caso concreto si las partes configuraron el contrato como una genuina cesión en sus diversas modalidades o si lo fue con esas otras funciones, que no tendrán el efecto de transferencia de los créditos. Junto a lo anterior, habrá que tener en cuenta la circunstancias de hecho de la operación y, en este sentido, lo decisivo ha de estar en la percepción por el cliente (cedente) del importe de los créditos, es decir, en la existencia de corresponsivo y que éste no se haya condicionado a la circunstancia del impago por el deudor cedido. Cosa dis-

⁴⁶ El FD 5.º establece: «...su finalidad relacionada con la garantía de los préstamos bancarios que tiene la operación en su conjunto no es obstáculo para que pueda advertirse la existencia de una cesión definitiva del crédito en favor del banco, pues no se restringen sus facultades a las correspondientes a una mera gestión de cobro pendiente de liquidación posterior, o a una realización de las certificaciones para el caso de impago del préstamo, sino que se reconocen con el alcance de una transmisión definitiva de la titularidad del crédito, sin otros condicionamientos que los derivados de su finalidad encaminada a hacer efectivo el pago del préstamo. No se trata, en consecuencia, de una cesión de un crédito de carácter fiduciario que obligue al banco, después de las gestiones de cobro, a una liquidación como paso previo a obtener el pago del préstamo, ni de una cesión cuya efectividad quede condicionada a la falta de pago del préstamo, impuesto por vías ajenas al cobro de las certificaciones de obra, con obligación de retrocesión en caso contrario, sino de una cesión para pago del préstamo cuyo objeto no se detiene en la mera finalidad de garantía de su efectividad, sino que comporta la previsión de cobro inmediato por parte del banco y de su aplicación para dicho pago sin necesidad de liquidación alguna. El crédito debe considerarse, pues, incorporado al patrimonio del endosatario desde que tiene lugar la cesión y es procedente extraer las debidas consecuencias en orden a la justificación de su titularidad para el ejercicio de la tercería de dominio...».

⁴⁷ El mismo FD 5.º dice al respecto: «...No es obstáculo a la interpretación expuesta el hecho de que la cesión para pago de la obligación dimanante del préstamo se haga salvo buen fin. La referida reserva debe entenderse en relación con la naturaleza de las certificaciones de obra, que no constituyen títulos abstractos y no privan a la Administración de la posibilidad de oponer al nuevo titular excepciones causales en relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco de la ejecución del contrato administrativo. Esto no significa, sin embargo, que el crédito no haya sido transmitido, sino que lo ha sido condicionado resolutoriamente, por una parte, a su existencia y validez, y por otra, a su destino al pago de los préstamos que la cesión tiene por objeto...».

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), págs. 54 y 57.

⁴⁹ PANTALEÓN (1988), pág. 1.039.

tinta es que en caso de impago por el deudor, el cesionario pueda revivir su crédito contra el cedente (son los casos de la tradicional cesión *pro solvendo* y del *factoring* «con recurso»), pero esto no afectará a la eficacia traslativa de la cesión.

3. MOMENTO EN QUE PRODUCE EFECTO LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS

Partiendo de la distinción entre créditos futuros que surgirán de contratos o relaciones jurídicas ya existentes y créditos futuros derivados de relaciones todavía no constituidas, para los primeros, entre los que se incluyen los créditos sujetos a término inicial o a condición suspensiva y los créditos que surgirán de contratos de tracto sucesivo ya celebrados, una vez que devengan exigibles o nazcan, lo harán inmediatamente en el patrimonio del cesionario sin necesidad de acto jurídico alguno. Al respecto hay consenso en la doctrina española⁵⁰, así como en la mayoría de la jurisprudencia⁵¹. Pero, ¿se puede decir lo mismo para el segundo tipo de créditos futuros, es decir, respecto a la cesión de créditos futuros que se realiza antes de que hayan nacido la relación o el contrato fuente de tales créditos? Los PECL así parecen establecerlo cuando el artículo 11:202, apartado 2, previene ese efecto retroactivo de la adquisición del crédito desde que nace al momento de la cesión, sin distinción del tipo de créditos futuros objeto de la misma. El mismo efecto retroactivo viene a esta-

⁵⁰ Pionero en este sentido PANTALEÓN (1988), pág. 1.095. Actualmente, por todos, LEÓN SANZ (2005), pág. 4.141 y la doctrina que cita (nota 3).

⁵¹ La STS de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9246), en un supuesto de cesión de certificaciones de obra pública y, como tal, de créditos futuros surgidos de contrato ya existente, declara la plena eficacia de la transmisión desde la cesión. De manera contundente la STS de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3.048) en un supuesto igual que el anterior de cesión de créditos derivados de contrato de obra pública y en un caso en el que la actora-cesionaria ejercitaba acción frente a la intervención de la suspensión de pagos del cedente, pretendiendo que se declarase la nulidad de la calificación como ordinario del crédito cedido, establece la siguiente doctrina en el FD 3.º: «...Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia sólo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o *quasi traditio* específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con el que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en los que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión –según la opinión doctrinal que aparece más fundada– nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio...». Sin embargo, a continuación, pese a lo expresado en el texto transcrito, sorprendentemente, dice la sentencia que la cesión no se produce hasta que la obra está ejecutada y es entonces cuando el acreedor puede ceder (más adelante, al tratar de la eficacia de la cesión frente al concurso del cedente se comenta este caso). También en relación al tema, la STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 938) en un supuesto de *factoring* en el que se ejercitaba una tercera de dominio frente a la Delegación de Hacienda embargante de unas facturas, la adquisición del crédito por el factor resulta patente, pues el embargo fue, no sólo posterior al contrato de *factoring*, sino también al de emisión y pago de las facturas por la entidad de *factoring*. También en contrato de *factoring* la SSTS de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3077) y 28 de mayo de 2004 (RJ 2003, 3553), que sin entrar en el momento de eficacia de la transmisión de los créditos, declara genéricamente que el contrato de *factoring* produce plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos. También cabe citar la STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 3.455) pese a ser un supuesto de pignoración de crédito, en concreto crédito contra la Hacienda Pública por las devoluciones del IVA, se trata de un crédito futuro surgido de relación ya existente (el IVA era del ejercicio anterior al de constitución de la prenda), otorgándose eficacia a la pignoración desde la fecha de la misma y no desde el momento de nacimiento del crédito, que es cuando la Hacienda liquida el montante de la devolución del IVA y ordena el pago. En la jurisprudencia menor, SAP de Madrid de 15 de febrero de 2000 (JUR 2000, 203272), SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2000 (AC 2000, 5222) y SAP de Tarragona de 27 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 41325).

blecer la –ya referida– disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, que regula los requisitos que han de cumplir determinadas cesiones de créditos (futuros) para que surtan efectos frente a terceros y que, en lo que ahora interesa, concede eficacia a la cesión del crédito desde la fecha del contrato de cesión, aunque recaiga sobre créditos surgidos de contratos que el cedente todavía no había celebrado. O sea, tanto los PECL como la norma de España que acabamos de referir establecen ese efecto retroactivo para cesiones de todo tipo de créditos futuros. El DCFR no establece tal efecto, sino todo lo contrario, pues el III.-5:114 preceptúa en su apartado 2 que la cesión de un derecho que es un futuro derecho en el momento del acto de cesión se considera que adquiere efecto cuando todas las exigencias para su existencia se han cumplido. Se impone precisar los términos de la cuestión, en el sentido de que, una cosa es que una vez que surja el crédito lo adquiera el cesionario sin necesidad de acto alguno, y, otra muy distinta, es que ese efecto sea retroactivo sin distinguir los dos tipos de créditos futuros sobre los que puede recaer la cesión. Sobre la no necesidad de acto ulterior para la eficacia de la cesión, ya se ha señalado que existe consenso en la doctrina. Los mismos PECL, como texto moderno, lo presuponen, ya que ni siquiera recogen esa previsión de que no es necesario un nuevo acto para la transferencia del crédito, que sí aparece, por el contrario, en la Convención ONU y el Convenio Unidroit⁵². Por el contrario, en cuanto a esa retroactividad indiscriminada de la eficacia de la cesión, requiere matizarse, porque resulta atentatoria contra los derechos de terceros (acreedores del cedente) adquiridos en el ínterin que media entre el contrato de cesión y el surgimiento del derecho cedido. En otras palabras, significaría otorgarle a la adquisición del cesionario una prelación frente a aquellos que no puede admitirse en todos los casos⁵³. En este último aspecto, el artículo 11:401, apartado 3, de los PECL, al tratar de la prioridad de la cesión frente a un acreedor del cedente, establece que la tendrá cuando la cesión haya surtido efecto con arreglo al artículo 11:202 y eso sólo puede ocurrir cuando nazca, al menos, la relación o el contrato fuente del crédito.

Como ya vimos, cabe argumentar que la cesión de créditos futuros, como hipótesis asimilable a la venta de cosa futura en su modalidad de *emptio rei sperate*, aparte de crear obligaciones a cargo del cedente, atribuía al cesionario una expectativa por tratarse de una venta sometida a condición suspensiva. Pues bien, ese efecto retroactivo sólo puede admitirse en los casos de cesión de créditos futuros del primer tipo, es decir, los surgidos de relaciones jurídicas o contratos ya celebrados, pues en esta hipótesis aunque el cedente no sea titular del crédito sino sólo de una expectativa, ésta es una expectativa de derecho y, por tanto, transmisible. En cambio, ese efecto retroactivo no se produciría en los casos de créditos futuros que surgirán de relaciones jurídicas que no existen en el momento de la cesión, porque aquí lo que es objeto del negocio de cesión es una mera expectativa de hecho⁵⁴. Este punto de vista lo corrobora el artículo 1.526 del CC que habla de cesión de créditos y de derechos. Difícilmente se

⁵² Artículo 5 de la Convención ONU y artículo 8 del Convenio Unidroit.

⁵³ BARRES, EMBID y MARTÍNEZ (2007), pág. 153.

⁵⁴ La distinción entre la expectativa de derecho y de hecho en la cesión de créditos futuros, en MANZINI (1991), pág. 386. En sentido parecido para el Derecho alemán, MEDICUS (1995), pág. 331, admite la adquisición directa por el cesionario en tanto el transmitente tenga ya un derecho expectante, es decir, que el cedente ostente una posición jurídica ya existente. En Derecho inglés lo decisivo para que la cesión surta efecto como tal cesión es que el cedente tenga bajo su control la eventualidad del pago por el deudor y de no ser así el acreedor sólo podrá realizar un *acuerdo para ceder* que sólo le obliga contractualmente frente al cesionario, pero que no produce efecto traslativo: cfr. PEEL (2007), pág. 726, que pone como ejemplos extraídos de la jurisprudencia, del primer tipo, a la cesión de un derecho presente de cobrar algo en el futuro de una específica fuente, y del segundo tipo, al simple futuro cobro.

puede hablar de derecho subjetivo cuando la relación jurídica o el contrato origen del crédito no existen todavía, la eventualidad es total y, por tanto, el derecho del cesionario aparece todavía muy debilitado⁵⁵, con lo cual el cesionario adquirirá el derecho (también, sin necesidad de acto jurídico alguno) cuando nazca el mismo, pero de ninguna manera con efectos retroactivos al momento de la cesión⁵⁶. Así habrá de interpretarse el artículo 11:202, apartado 2, de los PECL, pues aunque el precepto establece ese efecto retroactivo sin distinguir entre los dos tipos de créditos futuros, cabría matizar el mismo por remisión a otros preceptos de los PECL que sí la establecen y también por la referida norma del artículo 11:401, apartado 3, relativa a la prioridad, sobre la que más adelante profundizaremos. Todavía podríamos afinar un poco más y estimar que el cesionario adquiriría el crédito (cuando nazca) con efectos retroactivos al momento del surgimiento de la relación o del contrato fuente del crédito (no el momento de la cesión), puesto que de acuerdo con el planteamiento que hemos hecho, en ese momento se puede afirmar que adquiriría ya la expectativa de derecho. Pero, no olvidemos que cuando surja el contrato origen del crédito también pueden haber adquirido expectativas los acreedores del cedente (sobre el patrimonio de éste), con los cuales entrará en colisión el cesionario. Éste y otros aspectos serán objeto de análisis más adelante, aquí baste decir que lo que en ningún caso cabe admitir en este tipo de créditos futuros es que la adquisición del cesionario produzca efecto retroactivo al momento de la cesión.

¿*Quid* de nuestra disposición adicional tercera de la Ley 1/1999?, ¿cabría realizar la misma interpretación que en los PECL? Como en los PECL, en la disposición adicional tercera, regla 3.ª del número 1, aparecen los dos tipos de créditos futuros, pero resulta que la norma se dicta, precisamente, para establecer una excepción al criterio general (nosotros hemos propuesto uno) que debe imperar respecto al momento de eficacia de la cesión de créditos futuros. La excepción consiste, según establece el número 2 de la disposición adicional, en que las cesiones de los dos tipos de créditos futuros⁵⁷ «tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión». Esa es la voluntad del legislador y ninguna interpretación cabe realizar al respecto, lo que no excluye que desde este momento manifestemos nuestra total discrepancia con la disposición adicional en los términos vistos y que abogemos por su derogación. Más adelante nos ocuparemos con mayor detenimiento de esta norma al tratar de los efectos de la cesión respecto a terceros.

Por último, en relación también con el momento de eficacia de la cesión, los PECL fijan uno alternativo –tanto para los créditos presentes como para los futuros–, en el que puede producir efecto la cesión: el ulterior que las partes hayan acordado (arts. 11:102 y 11:202)⁵⁸. Es una novedad respecto

⁵⁵ Así lo expresa ROGEL VIDE (1975), pág. 281, al distinguir en la compraventa de cosa futura los supuestos en donde la cosa objeto del contrato existe ya y resulta indeterminado simplemente el titular definitivo del derecho sobre la misma; ahora bien, este no es el caso de la compraventa de cosa futura en la cual el derecho mismo depende de la condición. El argumento es extrapolable a nuestra cesión de créditos: en los casos de créditos surgidos de contratos ya existentes, el crédito existe o de no existir todavía se conocen sus elementos de determinación, lo que no ocurre en los casos de créditos que surgirán de contratos todavía no celebrados, que son una pura eventualidad.

⁵⁶ En contra CASTILLA CUBILLAS (2002), págs. 158 y 159, que mantiene la plena eficacia de las cesiones de créditos relativas a contratos no celebrados, aunque su postura, enfocada hacia las cesiones en titulación, se comprende si se parte –como este autor sostiene– de la premisa de que la cesión de créditos futuros es un contrato aleatorio, es decir, una *emptio spei*, que obliga al pago con independencia de que el crédito nazca o no.

⁵⁷ Más adelante ya veremos que la cesión de créditos futuros surgidos de contratos ya celebrados a los que se aplica la referida disposición tiene ciertos límites.

⁵⁸ Igualmente lo establece el DCFR en el III.-5:114, apartado 1.

a la Convención ONU y al Convenio Unidroit que, desde nuestro punto de vista, parece una previsión superflua, porque es obvio que por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden prever que un crédito futuro produzca efecto en una fecha determinada o a partir de un determinado momento diferentes –aunque necesariamente posteriores– al momento de nacimiento del crédito.

4. EL REQUISITO DE LA DETERMINACIÓN DEL CRÉDITO FUTURO. LOS MAL LLAMADOS FACTORING NORMATIVO Y FACTORING CONTRATO PRELIMINAR

Los PECL previenen que un crédito futuro nacido de un contrato presente o futuro podrá cederse siempre que en el momento en que comience a existir o en el momento en que dispongan las partes, pueda identificarse dicho crédito como aquel al que se refiere la cesión⁵⁹. La norma es coincidente con el artículo 1.273 del CC en tanto que establece como requisito para la validez del contrato que el objeto esté determinado o sea determinable, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre los interesados⁶⁰. En el caso del crédito bastaría con que lo sea en el momento en que comience a existir. Consecuentemente, en créditos derivados de contratos ya realizados, la determinación del crédito que todavía no ha nacido será usualmente completa: la persona del deudor, el tipo de prestación a la que está obligado y el vencimiento o el plazo, inicial o final, según el caso. Respecto al importe o cantidad, puede estar indeterminado porque también lo esté en el contrato originario, pero es exigible que estén los elementos para su determinación ulterior. En cambio, cuando la cesión tenga por objeto créditos nacidos de contratos todavía no realizados, puede que no ya la cuantía esté indeterminada, sino también el deudor⁶¹, sin que ello afecte a la validez de la cesión⁶². Sin embargo, sería exigible que esté determinada la naturaleza de la prestación, por más que en la práctica sean usualmente dinerarias y, sobre todo, el origen de los créditos, que es lo que nos dirá cual es la naturaleza de la prestación en que consiste el derecho cedido. En efecto, prescindiendo de los problemas adicionales que suscitan las cesiones globales de créditos, que luego se examinarán, lo decisivo ahora es precisar que, para la validez de la cesión de créditos que surgirán de relaciones que todavía no han nacido, es necesario que quede determinada la fuente (o fuentes, en el caso de ser varias) de la que derivará el crédito futuro⁶³. Es decir, es necesario delimitar el crédito futuro objeto de cesión por referencia a alguna cosa (por ejemplo, el derivado de la venta o alquiler de una cosa del cedente o de la que éste es proveedor o el derivado de la prestación del servicio que el cedente realiza para terceros). En los contratos de *factoring* es usual que el cesionario transmita los créditos de sus futuros

⁵⁹ El DCFR en el III.-5:106 se refiere al tema de la determinación en la cesión de créditos futuros estableciendo una regla parecida.

⁶⁰ BARRES, EMBID y MARTÍNEZ 2007, pág. 140.

⁶¹ PANTALEÓN (1988), pág. 1.094.

⁶² La ya referida STS de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3048) establece la siguiente doctrina en el FD 3.º: «...Las cesiones de créditos futuros (llamadas "cesiones anticipadas") exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, "que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento del nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes" (art. 1271 CC), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor...».

⁶³ DOLMETTA y PORTALE (1985), pág. 266.

clientes, pero sería exigible que se delimite el ámbito de créditos afectados: objetivos –tipo de negocios jurídicos, productos o bienes y servicios– y/o subjetivos –círculo, preferiblemente nominativo, de deudores del cedente en su actividad empresarial determinada–⁶⁴. El DCFR en el III.-5:106, apartado 2, admite la cesión de una pluralidad de créditos sin determinación individual, si en el momento en el que la cesión tenga efecto en relación a ellos, son identificables como aquellos créditos a los que el acto de cesión se refiere. O sea, el *quid iuris* en este aspecto es el mismo que se plantea de manera general con el requisito de la determinación del objeto del contrato. Detengámonos aquí.

Como es sabido, entre los requisitos esenciales del contrato está el de la determinación de su objeto (art. 1.261, apdo. 2.º, del CC), cuya exigibilidad trata de impedir dos cosas: una, que quede al arbitrio de alguno de los contratantes el contenido de la prestación (art. 1.256 del CC); dos, que se necesite un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1.273 *in fine* del CC). En la cesión del crédito, si se deja al arbitrio del cedente o del cesionario determinar cuál o cuáles créditos futuros serán objeto de cesión y/o cuáles no, no existirá cesión en sentido propio. Se trataría de una condición *si voluero* que es rechazada por nuestro ordenamiento jurídico⁶⁵ y que determinaría la ineficacia de la cesión. Así, hay que considerar el *factoring* en el que la cesión está sujeta a la aprobación o desaprobación del factor, salvo que éstas no queden a su sola voluntad, sino que, a semejanza con las compraventas a prueba o *ad gustum* en las que la aceptación del comprador no es libre –según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia españolas realizan de los arts. 1.453 del CC y 328 del CCom., en relación con el art. 1.115 del CC–, sería necesario que la aceptación o rehúse del cesionario se realicen con arreglo a criterios objetivos revisables judicialmente⁶⁶. En otro caso, si se admitiera la validez de las cesiones en las que una u otra parte se reservan libremente la facultad de señalar los créditos que serán objeto de cesión, resultaría que, de estar al arbitrio del cedente, escogería los dudosos y, si estuviera al arbitrio del cesionario, optaría por los seguros. En el caso resuelto por la STS de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3077) relativo a un contrato de *factoring* sin recurso en el que se convino una cesión de créditos futuros, nuestro más alto Tribunal considera válido el pacto por virtud del cual el cesionario tiene la facultad de cambiar respecto de un concreto deudor el tipo de *factoring* y pasar del sin recurso al con recurso (no asumir la insolvencia del deudor), cuando estimara que con ese particular deudor asumía un mayor riesgo de insolvencia. La sentencia no entra a valorar la validez de tal facultad y se limita a considerar que la manifestación del cesionario-factor en ese sentido sólo producía efecto respecto a los créditos que le notificara el cedente en el futuro y no respecto a los ya notificados con anterioridad. Pero, en el voto particular que formuló uno de los magistrados, se entra a examinar la eficacia del pacto que autorizaba al factor a no asumir responsabilidad por el deudor cedido, reflexionando sobre si el mismo era una condición *si voluero* –o puramente potestativa– o si era simplemente potestativa, que sí es válida. El magistrado disidente entiende que era del segundo tipo, pues quedaba sometida a los llamados criterios de discrecionalidad técnica, sujetos a un posible control judicial⁶⁷.

⁶⁴ RECALDE (2005), pág. 4.341.

⁶⁵ Desde DE CASTRO (1950), págs. 1.145-1.158, la doctrina española es mayoritaria en el sentido de que el contrato bajo condición de querer es ineficaz ex artículo 1.115 del CC, a excepción del contrato de opción y, con importantes matices, en las ventas a prueba y *ad gustum*.

⁶⁶ En un sentido parecido GARCÍA CRUCES (1989), pág. 396, que apunta que es necesario distinguir entre arbitrio o arbitrariedad del cesionario-factor y siendo sólo admisible el arbitrio, éste es susceptible de revisión y control por los tribunales. En similares términos GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), pág. 80.

⁶⁷ En el contrato se establecía una relación de los futuros deudores cedidos (clientes del cedente), de tal manera que para perfeccionar las cesiones no se precisaba la aceptación de la compañía de *factoring* en cada caso, tal como el TS recoge

Por otro lado, en los casos en los que para perfeccionar la cesión de cada uno de los créditos futuros se necesite un nuevo acuerdo entre cedente y cesionario que determine definitivamente cuál o cuáles serán objeto de cesión, en realidad, no se puede afirmar que se haya realizado un contrato definitivo de cesión y, ni tan siquiera, un precontrato de cesión. Sin embargo, en este aspecto, algunos autores distinguen –indebidamente a nuestro juicio– entre el *factoring* como contrato preliminar y el *factoring* como contrato normativo⁶⁸, distinción que ha tenido eco en la práctica en nuestro país. Para los que siguen esta corriente, en el caso del *factoring* contrato preliminar, el contrato se configura como un contrato preparatorio en el que el cedente se obliga a ceder a la entidad de *factoring*, a medida que vayan surgiendo, todos o algunos de los créditos que se contemplen, quedando diferida la cesión de cada crédito a su pertinente ofrecimiento por parte del cedente y a la eventual aceptación por la entidad de *factoring*, de manera que las cesiones se verifican, en realidad, por el acuerdo particular posterior para cada cesión⁶⁹. En cambio, en el *factoring* llamado normativo habría una cesión única y anticipada de todos o algunos créditos futuros, más o menos determinados, que a diferencia del anterior, en el que las cesiones se van realizando según van naciendo los créditos, la transmisión en este segundo caso se acuerda en un solo acto que tiene lugar con la conclusión del contrato de *factoring*, sin necesidad de acuerdo complementario posterior, de suerte que la transmisión del crédito se produce de manera automática con el nacimiento efectivo del mismo.

Pero queremos hacer notar que, en nuestra opinión, la hipótesis descrita del llamado *factoring* contrato preliminar no puede calificarse como precontrato. Desde DE CASTRO, la doctrina de manera prácticamente unánime⁷⁰ y la jurisprudencia⁷¹, configuran el precontrato como aquel en el que los contratantes, de mutuo acuerdo, hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen –de mutuo acuerdo también– en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija la parte (o partes) a la que se le concede esa facultad, sin que necesite u obligue a una nueva oferta, una nueva aceptación o un nuevo consentimiento, de suerte que, para que produzca efecto, han de haberse rellenado todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato⁷². Consecuentemente, no se puede admitir que en esos casos del llamado contrato preliminar de *facto-*

en la sentencia, haciendo suya la interpretación que el Tribunal de Apelación realizó del contrato en cuestión. Sin embargo, el cesionario tenía la posibilidad de excluir a algún deudor de la relación (en el contrato se le denomina desclasificar), lo que conllevaría que, respecto de ese deudor, no asumiría el riesgo de insolvencia. La *quaestio iuris* del caso gira sobre el *dies a quo* a partir del cual tenía eficacia la desclasificación de un deudor por el factor-cesionario y la forma de la comunicación de esa circunstancia al cedente. En concreto, el cesionario pretendía aplicar esa desclasificación a un deudor cuyas facturas ya había remitido el cedente al cesionario, mientras que el cedente sostenía que sólo era eficaz la desclasificación respecto a las facturas que remitiera a partir del momento de la comunicación de la desclasificación, criterio este segundo que es el que acepta el TS (FD 6.º, *in fine*). El voto particular de uno de los magistrados sostiene la tesis contraria, argumentando que la sociedad de *factoring* se había reservado la facultad de examen de cada crédito, lo que conllevaría el no responder de la insolvencia de ese deudor, válida de acuerdo con el artículo 1.115 del CC porque el cumplimiento de esa condición resolutoria no dependía de la exclusiva voluntad de la cesionaria, es decir, no constituía una condición puramente potestativa (de querer o *si voluerit*), sino potestativa simple, ya que la voluntad de la cesionaria quedaba sometida a los llamados criterios de la discrecionalidad técnica y, por ello, a un posible control judicial.

⁶⁸ ALCOVER GARAU (2000), págs. 48, 49 y 54; GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), pág. 63; LEÓN SANZ (2004), pág. 4.140.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), págs. 68, 76 y 77; LEÓN SANZ (2004), pág. 4.140.

⁷⁰ Por todos DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2001), pág. 69.

⁷¹ SSTs de 4 de julio de 1991 (RJ, 1991, 5325), 3 de junio de 1994 (RJ 1994, 4576), 23 de diciembre de 1995 (RJ, 1995, 9396), 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3104), 11 de abril de 2000 (RJ 2000, 2434) y 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 340).

⁷² DE CASTRO (1950), págs. 1.168, 1.173 y 1.174.

ring estemos ante un precontrato⁷³ y, por la misma razón, para evitar equívocos, es rechazable llamarle propiamente contrato (preliminar). También discrepamos, por innecesaria y equívoca, con la calificación de normativo⁷⁴ al contrato de *factoring* en el que quedan determinados los créditos cedidos y no requiere de concreción alguna posterior y transfiere el crédito al cesionario en cuanto nazca sin necesidad de un nuevo consentimiento⁷⁵. Fuera de lo dicho, en los casos en los que está pendiente de determinar o acordar el crédito o los créditos que van a ser objeto de cesión por la aceptación del cedente o del cesionario (factor) o por ambos de mutuo acuerdo, a lo sumo y dependiendo de los casos concretos, podremos estar –ahora sí– en presencia de un contrato normativo o de meros tratos preliminares. Como dice la SAP de Madrid de 30 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 60986), se tratará de un mero acuerdo preparatorio, genérico y abstracto, de futuras, eventuales y posteriores cesiones⁷⁶. En sentido parecido la SAP de Zaragoza de 27 de septiembre de 2006 (AC 2006, 2189), en un supuesto en que el factor tenía la posibilidad de no aceptación de las facturas representativas de los créditos⁷⁷.

En consecuencia, el *factoring* carece de virtualidad si se le configura como un mero contrato normativo y tampoco encaja en la tipología del precontrato, pues la puesta en marcha del contrato definitivo no se deja a la voluntad de una o ambas partes. Por el contrario, nada impide en el Derecho español que el contrato de *factoring* sea susceptible de configurarse como un contrato definitivo que tiene por objeto la cesión de créditos futuros, de manera que la cesión de cada crédito sea automática cuando nazca, siempre y cuando el cedente se comprometa a trasladar por simple comunicación y el cesionario correlativamente a adquirir todos los créditos que se adecuen a las condiciones previstas en el contrato⁷⁸. Otra cosa distinta es la oponibilidad de este tipo de cesión a los terce-

⁷³ Así lo califica ALCOVER GARAU (2000), pág. 48. También lo califica de precontrato GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), págs. 71 y 72, pero con dudas e incertidumbres sobre su eficacia.

⁷⁴ El contrato normativo es aquel que obliga a las partes a dar un determinado contenido a los futuros y eventuales contratos que celebren entre ellos o con terceros y su eficacia entre las partes es meramente obligatoria y ni siquiera obliga a realizar los futuros contratos. Más en DIEZ PICAZO (1996), vol. I, págs. 363 y 364.

⁷⁵ La ya referida STS de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3077) utiliza la denominación de contrato-marco de *factoring*, en razón a que en el mismo se establecía un mecanismo de envío por el cedente de las facturas objeto de cesión y de acuse de recepción por el cesionario, como por lo demás es habitual en este tipo de contrato, por más que, en esa operativa de envío y recepción, el cesionario tuviera la posibilidad de cambiar el tipo de *factoring* en relación con un concreto deudor cedido. Sin embargo, como la misma sentencia reconoce, no se requería la aceptación individualizada del cesionario-factor para la efectividad de cada cesión singular y, por tanto, creemos que no resulta aconsejable, en un tema como éste en el que existen grandes incertidumbres, utilizar denominaciones que pueden inducir a confusión.

⁷⁶ Así califica la referida sentencia el acuerdo suscrito por el factor que ejercitó demanda de tercería de dominio sobre unos créditos, lo que comporta que no hubiera verdadera transmisión de un conjunto de créditos, fundándose, entre otros argumentos, en que no puede hablarse de una auténtica cesión de crédito si el cedente puede modificar las condiciones de pago del deudor sin acuerdo del factor. Si el crédito se hubiese cedido plenamente, el cedente no podría modificar las condiciones de pago y las gestiones que realizara a tal fin no producirían efecto frente al factor que podría exigir el pago del crédito cedido.

⁷⁷ En este caso que versa también sobre una tercería de dominio, la sentencia, interpretando el clausulado del contrato, considera que se requería una cesión específica, factura por factura, siendo verdaderamente significativo que existía la posibilidad de no aceptación de las facturas cedidas, por lo que se infiere claramente que el momento traslativo se producía al aceptar la cesión de cada factura y no en el momento del contrato.

⁷⁸ ROMERO MATUTE (2005), págs. 70 y 71, añade que la comunicación que realiza el cedente al cesionario del nacimiento del crédito se trata de una mera declaración de ciencia que no implica un nuevo consentimiento ni, por consiguiente, la perfección de un nuevo contrato, sino una declaración de voluntad necesaria para el normal funcionamiento de un contrato que se perfeccionó cuando se produjo el concurso del consentimiento de ambas partes sobre los elementos esenciales del mismo. *Vid.* también ROCA GUILLAMÓN (1977), pág. 87.

ros, pero ésta es una cuestión que, por lo demás, se plantea en todo tipo de transmisiones de derechos, existan o no en el momento en que se realizan. Ciertamente cuando se trata de derechos que todavía no existen el problema es mayor. De ello nos ocupamos seguidamente.

5. EFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS. EN PARTICULAR, LAS CESIONES DE UNA PLURALIDAD DE CRÉDITOS

El artículo 11:401 de los PECL se refiere, respectivamente y con separación, a la eficacia de la cesión en caso de cesiones sucesivas, a la eficacia respecto al acreedor embargante del crédito cedido y, en último lugar, a la eficacia frente a la administración del concurso del cedente. Nosotros vamos a examinar primeramente la eficacia de la cesión respecto de terceros, es decir, respecto al cesionario sucesivo y respecto del acreedor del cedente. Después analizaremos los adicionales problemas que plantea la cesión de una pluralidad de créditos futuros. Seguidamente –por fin– estudiaremos la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999. Terminaremos tratando de la eficacia de la cesión en caso de concurso del cedente.

5.1. Eficacia de la cesión respecto de terceros: cesionario sucesivo y acreedor del cedente.

Los apartados 1 y 2 del artículo 11:401 de los PECL se ocupan de la pluralidad de cesiones (o cesiones sucesivas), estableciendo en el apartado 1 la regla de que será preferido el cesionario que primero haya notificado al deudor la cesión, siempre y cuando el cesionario sea de buena fe (ignorar la previa cesión o no le era exigible conocerla) y en el apartado 2 la regla de la prioridad temporal de las cesiones. Los PECL son en este punto criticables puesto que ambas reglas son contradictorias, a no ser que se interprete que el apartado 2 entra en juego en la hipótesis de que no se haya realizado por ninguno de los cesionarios la notificación de la cesión⁷⁹, pero en ese caso el criterio de la prioridad temporal resultaría meramente subordinado al primero. Es evidente que los PECL en este tema chocan con nuestro ordenamiento jurídico. Aunque el apartado 1 del artículo 11:401 nos recuerde la doble venta mobiliaria del artículo 1.473 del CC, entendiendo que para los créditos la notificación al deudor equivaliera a la posesión (cosa que en nuestro Derecho no se admitiría, pues, la cesión se opera sin necesidad de *traditio*), en materia de cesión hay que estar al artículo 1.526, apartado 1.º, del CC, que establece la regla de la prioridad en materia de doble cesión⁸⁰. En relación a los efectos de la cesión frente al acreedor embargante, el artículo 11:401, apartado 3, de los PECL establece: «El interés del cesionario en el crédito cedido tendrá preferencia frente al interés del acreedor del cedente que embargara ese crédito, en un procedimiento judicial o por cualquier otra vía, una vez que la cesión haya surtido efecto conforme al artículo 11:202». Sobre el momento en que surte efecto la cesión, nos remitimos al epígrafe en el que tratamos el tema, simplemente recordar que el artículo 11:202 establece para los créditos futuros una retroacción que nosotros consideramos rechazable respecto a los créditos que surjan de relaciones jurídicas o contratos no constituidos todavía.

⁷⁹ Es la interpretación que realizan BARRES, EMBID y MARTÍNEZ (2007), págs. 181 y 182.

⁸⁰ PANTALEÓN (1988), págs. 1.083 y 1.084.

En el Derecho español la cuestión de la eficacia de la cesión frente a los terceros la regula el artículo 1.526, apartado 1.º, del CC, estableciendo el principio de la prioridad temporal como criterio para la oponibilidad de la misma, sin referirse separadamente –a diferencia de los PECL– a los dos tipos de terceros (cesionarios sucesivos del crédito y acreedores del cedente). Nosotros creemos que hay diferencias entre ambos tipos de terceros en cuanto a la oponibilidad de la cesión. Veamos.

Respecto a la cesión sucesiva, tanto si recae sobre créditos surgidos de relaciones o contratos ya nacidos como si no, para ser oponible al segundo cesionario han de concurrir alguna de las circunstancias de los artículos 1.218 y 1.227 del CC y la jurisprudencia que interpreta este último, que permite acompañar otros medios de prueba justificativos de la certeza de la fecha consignada en el documento privado ⁸¹. La misma consecuencia se extrae, como ya veremos, de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 ⁸². En el caso hipotético de que el deudor pague al primer cesionario porque le notificó la cesión o que, al faltar ésta, el deudor pague al segundo cesionario que sí le notificó, resultará ineficaz una u otra de las cesiones, sobre la base de que el deudor realizará un pago liberatorio (art. 1.164 del CC). Por lo demás, este tipo de problemas habrá que resolverlos por aplicación de la reglas del cobro de lo indebido y de la responsabilidad del cedente ex artículo 1.529 del CC ⁸³.

En cuanto a la eficacia de la cesión respecto a los acreedores del cedente, aquí –creemos– se impone –una vez más– distinguir, para la solución del tema, entre los dos tipos de créditos futuros objeto de cesión, según que recaigan sobre créditos surgidos de relaciones jurídicas ya nacidas al tiempo del contrato de cesión o que todavía no lo estén. La justificación radica en los distintos momentos en que se produce la adquisición del crédito cedido por el cesionario. A saber, como ya vimos, cuando el crédito es del primer tipo, la adquisición se produce desde el momento del acuerdo de cesión, pero, si se trata del segundo tipo de créditos futuros, no se produce hasta el momento del nacimiento del crédito. Así las cosas, en el primer caso, los acreedores del cedente no podrán embargar el crédito, lo que no obsta a que, en la práctica, en aquellos supuestos en los que el crédito no ha sido pagado al cesionario por el deudor cedido (usualmente por no estar todavía vencido), consiga el acreedor el embargo del mismo, pero el cesionario dispondrá de la acción de tercería de dominio para lograr levantar el embargo, como titular anterior del crédito. Lo dicho, en la medida en que la fecha del contrato de cesión sea oponible a terceros, de acuerdo con los artículos 1.218 y 1.227 del CC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta. Usualmente las cesiones en estos casos (incluyendo el *factoring*) se realizan ante notario, con lo cual no se suelen plantear problemas de oponibilidad de la cesión en este aspecto. Confirmando el criterio que acabamos de exponer, la jurisprudencia del TS ⁸⁴

⁸¹ ROMERO MATUTE (2004), pág. 4.362.

⁸² No obstante, se da la anómala (por no decir absurda) circunstancia de que la disposición adicional condiciona la eficacia de las cesiones a que el primer cesionario haya pagado al cedente (en todo o en parte) el importe de los créditos. O sea, que el Código Civil protege más al cesionario (al que no le exige que haya pagado) que la tan repetida disposición.

⁸³ Más ampliamente en PANTALEÓN (1988), pág. 1.084.

⁸⁴ Las ya referidas SSTS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 938) y 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9246), en sendos casos en los que se ejercitaba por el cesionario tercería de dominio frente al embargo trabado por la Administración tributaria, se ventilan créditos surgidos de relaciones jurídicas ya existentes al tiempo de la cesión o, por lo menos, cuando se realiza el embargo. En ambos casos la argumentación gira sobre la eficacia traslativa de la cesión respecto a los créditos. En el primero aparecen argumentos sobre la eficacia del contrato de *factoring* con recurso para operar una cesión anticipada de créditos futuros y analiza en el caso concreto el carácter plenamente traslativo de la cesión, que es algo que ha de analizarse en cada caso. También aparece el dato de que la entidad de *factoring* había ya pagado al cedente cuando

y la jurisprudencia menor⁸⁵ son unánimes en conceder eficacia a la tercería incoada por el cesionario en la hipótesis descrita. Hasta aquí los créditos nacidos de relaciones jurídicas ya constituidas.

Respecto al segundo de los supuestos señalado, el de cesión de créditos realizada cuando todavía no había nacido la relación jurídica o el contrato fuente del crédito, ya vimos al tratar el momento en que se produce la adquisición por el cesionario, que de ninguna manera podía admitirse que adquiere el crédito con efecto retroactivo al momento de la cesión. Pero, habrá que distinguir dos periodos. Uno, el que media entre la cesión y el surgimiento de la relación origen del crédito y, otro, el que media entre este momento y el del nacimiento del crédito mismo. Es evidente que los acreedores del cedente cuyos derechos sean anteriores al momento de surgimiento de la relación jurídica o del contrato origen del crédito, podrán embargarlo y gozarán de prioridad sobre el cesionario. Las razones son varias. Ya vimos que el cesionario no habrá adquirido derecho alguno en ese periodo, sino a lo sumo una expectativa de hecho. También cabe argumentar que los acreedores no tienen por qué soportar restricciones anteriores sobre el patrimonio futuro de su deudor⁸⁶. Nos remitimos –a mayor abundamiento– a los criterios que luego se exponen a propósito de la cesión de una pluralidad de créditos futuros dimanantes de contratos todavía no celebrados. En cuanto a los acreedores que adquieran esa condición en el segundo periodo, habrá de aplicárseles la misma regla de la hipótesis anterior de cesión de créditos surgidos de contratos ya celebrados y por las mismas razones. En otras palabras, estos acreedores no gozarán de prioridad frente al cesionario.

5.2. Los adicionales inconvenientes de la cesión de una pluralidad de créditos futuros.

La cesión que recae sobre una pluralidad de créditos futuros, especialmente los relativos a relaciones jurídicas o contratos que todavía no han nacido, como ocurre usualmente en el *factoring*, tropieza con adicionales inconvenientes y ello con independencia de la prioridad explicitada en el apartado anterior. La doctrina se pregunta si es razonable que esos otros acreedores del cedente soporten tales restricciones sobre el patrimonio futuro de su deudor⁸⁷ y si para remediar ese sacrificio cabría establecer límites de validez –particularmente temporales– a este tipo de cesiones plurales.

se embargaron las facturas. En el segundo de los casos se ventilaba la cesión de certificaciones de obra pública con similares argumentos sobre la eficacia traslativa de la cesión en el caso concreto. Destacar, en este caso, que el TS considera que la cláusula «salvo buen fin» no es obstáculo a considerar auténtica cesión, estimando que la referida reserva ha de entenderse en relación con la naturaleza de las certificaciones de obra que no privan a la Administración de oponer al cesionario excepciones causales. En apoyo de este criterio la también ya referida STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 3455), relativa al supuesto de pignoración de crédito futuro de relación ya existente (crédito contra la Hacienda Pública por las devoluciones del IVA), otorga preferencia al crédito del acreedor pignoraticio que ejerció tercería de mejor derecho frente al ejecutante.

⁸⁵ Como casos en los que se ejercitaron tercerías de dominio sobre los créditos cedidos: SAP de Madrid de 10 de julio de 1996 (AC 1996, 2553) en supuesto de *factoring* con recurso en tercería interpuesta contra la Tesorería de la Seguridad Social; SAP de Madrid de 15 de febrero de 2000 (JUR 2000, 203272), en supuesto de *factoring* en tercería interpuesta contra la Administración tributaria; SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2000 (AC 200, 5222), en supuesto de *factoring* en tercería interpuesta contra la Administración tributaria; y SAP de Tarragona de 27 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 41325), en supuesto de *factoring* en tercería de domino contra mercantil ejecutante.

⁸⁶ GARCÍA VICENTE (2004), págs. 584 y 586. Cfr. también ROMERO MATUTE (2005), pág. 4.373.

⁸⁷ Ídem nota anterior.

Los PECL no se refieren de manera específica a la cesión de una pluralidad de créditos futuros, lo que no excluye que, implícitamente, la admitan, dado que es usual en la práctica. Sin embargo, el DCFR dedica el III.-5:106, apartado 2, a lo que denomina derechos no especificados, estableciendo lo siguiente: «Un conjunto de derechos pueden ser cedidos sin especificación individual, si en el momento en que la cesión produzca efecto respecto a los mismos, son identificables como los derechos a los cuales el acto de cesión se refiere». La norma parte del supuesto de una cesión plural de créditos futuros indeterminados en el momento de la cesión y sanciona su validez siempre que llegado el momento de su nacimiento sean identificables, lo que presupone que resulte exigible (para su validez) que el contrato de cesión establezca los criterios que permitan determinar los derechos a los que se refería la cesión. Es decir, la norma se preocupa de la cuestión de la determinabilidad de los créditos, problemática que ya ha sido objeto de análisis con anterioridad, pero nada más. Tampoco, la doctrina española ha visto en principio impedimento en nuestro Derecho para que un único acto de cesión pueda recaer sobre una masa de créditos, mientras se cumplan los requisitos generales que, con carácter general, prevé el CC en cuanto al objeto del contrato, sobre licitud, posibilidad y, sobre todo, determinación⁸⁸. Pero, se ha señalado que una cesión anticipada global de derechos futuros iría contra la libertad patrimonial del cedente y que no deberían admitirse aquellas que supongan un sacrificio excesivo para el mismo⁸⁹ y por ello se apunta la posibilidad de extender a las cesiones globales el límite de validez temporal de un año que establece la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999⁹⁰ que, como ya veremos más detenidamente, no regula los requisitos generales de validez de las cesiones globales, sino los requisitos que han de tener *determinadas cesiones* para que surtan efectos frente a terceros. Con todo, el límite temporal que establece no se aplica a todos los supuestos de cesión de créditos que surgirán de contratos todavía no celebrados, puesto que, sorprendentemente, no rige para la transmisión de créditos derivados de contratos no celebrados si están identificados los deudores. En nuestra opinión, a lo anterior añadiríamos que habría razones para limitar la cesión global de créditos de este tipo, porque una cesión muy amplia o que se extendiera en el tiempo excesivamente, conllevaría sustraer del poder de agresión de los acreedores del cedente su patrimonio futuro en beneficio de un sujeto en particular, lo que no parece casar ni con el principio de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 del CC), ni con la regla de la *par conditio creditorum*. Además, se asemejaría a los patrimonios vinculados o separados al abrigo de la agresión de los acreedores, que contradice postulados centrales del sistema. En consecuencia, de *lege ferenda* resultaría acertado limitar temporalmente la eficacia de las cesiones globales de créditos futuros, al menos las relativas a contratos no celebrados y, en nuestra opinión, creemos que sería adecuado establecer que los contratos de los que se deriven los créditos (no los créditos mismos, como establece inadecuadamente la disp. adic. tercera) hayan de nacer dentro del periodo de dos años (como ocurre en Derecho italiano) a contar desde la fecha de la cesión, por estimar que el de un año sería excesivamente corto y no favorecería la actividad de *factoring*. Lo que no parece posible es aplicar analógicamente el límite del año de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, dada la dificultad hermenéutica para extender la aplicación de una norma restrictiva de derechos. En consecuencia, hasta tanto intervenga el legislador,

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), pág. 86. En el mismo sentido, GARCÍA CRUCES (1989), pág. 397 y PANTALEÓN (1988), pág. 1.096.

⁸⁹ GARCÍA VICENTE (2004), págs. 584 y 587. También PANTALEÓN (1988), pág. 1.096, en relación a las cesiones en garantía de créditos futuros, habla de posible ilicitud del contrato por sobre-aseguramiento que limite de manera intolerable la libertad de movimientos del cedente en el campo económico.

⁹⁰ GARCÍA VICENTE (2004), pág. 587.

únicamente podemos proponer una genérica interpretación restrictiva a la hora de resolver dudas sobre la oponibilidad de las cesiones globales de créditos de este tipo y por las razones expuestas.

Semejantes consideraciones habrá que hacer respecto a la cesión en garantía de una pluralidad de créditos futuros que surgirán de relaciones no constituidas en el momento de la cesión y, por tanto, también a la prenda de los mismos. En estos casos la doctrina entiende que hay que imponer límites e incluso se habla de ilicitud del contrato por sobreaseguramiento que restrinja de manera intolerable la libertad de movimientos del cedente en el campo económico⁹¹. La justificación aquí es todavía mayor que en la cesión traslativa de créditos futuros, porque mientras que en este segundo caso el crédito futuro ingresará en el patrimonio del cesionario a cambio del corrispectivo de la cesión, en la cesión en garantía (y en la prenda de créditos) no hay tal cosa, salvo que exista una valuta específica para esta afección de créditos futuros en forma de financiación futura del deudor⁹². De no ser así sería nulo por abusivo el pacto que obligara al cedente a abstenerse de cobrar esos créditos y contrario a la buena fe e inmorale que el acreedor se haga ceder (en garantía) todos los créditos comerciales futuros del deudor contra terceros y que el producto de estos créditos ingrese en una cuenta indisponible para el cedente⁹³. No es de extrañar que también para estos casos se haya propuesto aplicar los límites de validez establecidos en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999⁹⁴.

5.3. El régimen especial de eficacia de la cesión establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999.

En el Derecho español, sobre los efectos de la cesión, aparte de la regulación general del CC, hay que tener en cuenta la polémica disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, que establece un régimen especial de eficacia de la misma frente a los terceros y frente al concurso del cedente. Esta norma es únicamente aplicable a las cesiones de créditos a las que se acota y que inmediatamente comentaremos⁹⁵. El precepto en cuestión es tributario de normas semejantes promulgadas –hace ya

⁹¹ PANTALEÓN (1988), pág. 1.096.

⁹² CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008), pág. 270, punto de vista que, obviamente, extienden a la prenda de una pluralidad de créditos futuros (pág. 269).

⁹³ CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008), pág. 271, añaden que un pacto de esta clase acaba arruinando al deudor y hace imposible el ejercicio de su actividad económica, en otros términos –continúan diciendo estos autores– la decisión depende en cada caso de si el volumen de los bienes cedidos en garantía sobrepasa irrazonablemente el montante de la provisión con la que el acreedor pignoraticio ha prefinanciado al cedente.

⁹⁴ Lo proponen CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008), págs. 268 y 269.

⁹⁵ El texto vigente de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, según la redacción que ha recibido en la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es el siguiente:

«Disposición adicional tercera. *Régimen de determinadas cesiones de crédito.*

1. Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración pública:

- 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 o un Fondo de titulización.
- 3.ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.

tiempo— en Francia ⁹⁶ y sobre todo en Italia ⁹⁷, todas ellas dictadas con el designio de impulsar y favorecer las cesiones globales de créditos futuros y, especialmente, la actividad de *factoring*. Ha sido particularmente la norma italiana la que ha servido de modelo al legislador español, ya que al igual que la nuestra, regula exclusivamente los efectos frente a terceros (especialmente acreedores) de determinadas cesiones de créditos. ¿Cuáles son esas cesiones a las que se aplica la disposición adicional? Se delimitan por dos aspectos, subjetivos y objetivos. Subjetivos, atinentes tanto a la persona del cedente, que ha de ser empresario, como del cesionario, que ha de ser una entidad de crédito (también un fondo de titulización). Objetivos que hacen referencia, por un lado, al origen de los créditos cedibles, que son aquellos que proceden de la actividad empresarial del cedente ⁹⁸ y, por otro, a la existencia o no de los créditos en el momento de verificar la cesión, estos últimos sujetos a requisitos adicionales. Son éstos los que suscitan dudas en cuanto a su interpretación, porque nuestro legislador ha establecido en la regla 3.^a de la disposición adicional, una serie de requisitos de los créditos objeto de la cesión con carácter alternativo. De acuerdo con el precedente italiano ⁹⁹, se ha señalado que debería haberse exigido que los créditos futuros reúnan —cumulativamente— los requisitos de que nazcan en el plazo del año y tengan determinado el deudor cedido ¹⁰⁰. Tampoco se deslinda adecuadamente la posibilidad indiscutible de que se cedan créditos que surgirán de contratos no celebrados

4.^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.

5.^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.

2. Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218 y 1.227 del CC o por cualquier otro medio admitido en Derecho.

3. En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente.»

⁹⁶ La llamada Ley Dailly de 1981 introdujo un régimen específico para la cesión traslativa, la cesión a título de garantía y la pignoración de un conjunto de créditos (*bordereau*: minuta-relación de créditos) presentes y/o futuros. La regulación actualmente está contenida en los artículos L. 313-23 al L. 313-29 del *Code Monétaire et Financier* de 14 de enero de 2008, que en su artículo L.313-26 previene que la cesión o la prenda producirá efecto entre las partes y deviene oponible a terceros desde la fecha del *bordereau* (cesión). Sobre la Ley Dailly más ampliamente en GARCÍA DE ENTERRÍA (1995), págs. 55 y 89.

⁹⁷ Ley de 21 de febrero de 1991, núm. 52, reguladora de la Disciplina di crediti di impresa.

⁹⁸ El apartado 1 de la disposición adicional tercera admite que el deudor cedido sea una Administración pública, precepto que hay que poner en relación con el artículo 201 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que regula el procedimiento a seguir en el supuesto de transmisión por los contratistas de los derechos de cobro frente a la Administración pública y que, sucintamente, exige para su efectividad la notificación fehaciente a la Administración contratante del acuerdo de cesión, producido lo cual el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario.

⁹⁹ En la Ley italiana de Disciplina di crediti di impresa, que —como ya se ha dicho— ha servido de modelo a nuestra norma, estos problemas interpretativos no se producen, porque con mejor técnica, autoriza la cesión de créditos existentes y además expresamente establece que los créditos pueden ser cedidos antes de que se estipulen los contratos de los cuales surgirán. De acuerdo con ello, luego, al referirse al límite temporal literalmente establece: la cesión en masa de créditos futuros puede tener por objeto solamente créditos que surgirán de contratos todavía no estipulados en un periodo de tiempo no superior a 24 meses.

¹⁰⁰ Así, ROMERO MATUTE (2005), pág. 115.

en el momento de la cesión. La norma, al establecer el límite temporal, hace referencia a los créditos que nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo de un año. Mientras que en la ley italiana queda claro que son los contratos de los que derivan los créditos los que han de ser estipulados dentro del plazo de dos años a contar desde el contrato de cesión ¹⁰¹. Esto resulta de vital importancia respecto al momento de eficacia de la cesión en el caso de que recaiga sobre créditos de contratos que todavía no se han celebrado, que es precisamente de lo que la disposición adicional se ocupa y de lo que, sin embargo, nuestro legislador no ha caído en la cuenta.

Desde nuestro punto de vista, en la interpretación que nosotros proponemos de la disposición adicional tercera, se deberían distinguir tres hipótesis que conviene examinar con la debida separación:

- 1.^a La cesión de créditos ya existentes en el momento de la misma. Aquí entrarían, evidentemente, los créditos que están sólo pendientes del vencimiento, hipótesis en la que no hay razones para imponer límites temporales a la cesión. En cuanto a la determinación de los deudores, tratándose de créditos ya nacidos, no habrá problema alguno en nominar a los mismos, pues se conocen todos y cada uno de sus elementos de determinación (deudor, cantidad o importe, vencimiento, etc.).
- 2.^a La cesión de créditos que surgirán de contratos o relaciones jurídicas ya constituidas que no son exigibles todavía o no han nacido, por tanto futuros en sentido estricto. Pensemos en contratos de tracto sucesivo. A este tipo de cesión la literalidad de la disposición adicional tercera no le exige el requisito del límite temporal, lo que, además, se corrobora con la circunstancia de que la propia norma excluye de este límite a los supuestos en los que los deudores están determinados y tratándose de contratos ya celebrados, al igual que en el caso anterior, no habrá problema para identificar a los futuros deudores y señalar los demás elementos de determinación de los créditos futuros. Asimismo, ésta es la interpretación que se impone teniendo también en cuenta los trabajos parlamentarios ¹⁰². Sin embargo, tampoco en este supuesto en el caso de que la cesión recayese sobre una pluralidad de créditos, parece deseable la excesiva prolongación de la eficacia de la cesión, de acuerdo con lo que se ha razonado antes en relación al límite temporal de las cesiones globales.
- 3.^a La cesión de los créditos que surjan de relaciones jurídicas o contratos todavía no celebrados en la fecha de la cesión. Evidentemente, estas cesiones claramente la norma las sujeta al límite temporal. Sin embargo, no es exigible –a diferencia de Italia– el requisito de determinación de la identidad del deudor. Esto último resulta adecuado en nuestra norma, porque la determinación del deudor es uno de los elementos que contribuyen a delimitar un crédito, pero no es el único ¹⁰³. Lo decisivo es que, como establecen los PECL y el

¹⁰¹ ROMERO MATUTE (2005), págs. 118 y 119.

¹⁰² Como señala ROMERO MATUTE (2005), pág. 116, en la redacción original de la Ley reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo (BOCD, Congreso de los diputados, VI Legislatura, serie A, núm. 115-1, de 19 de mayo de 1998) se exigían cumulativamente los dos requisitos de tiempo y de determinación del deudor, pero durante la tramitación parlamentaria se optó por desvincular ambos requisitos, argumentando que en la cesión con identificación en el contrato de cesión de los deudores no tenía sentido la limitación temporal.

¹⁰³ Nos remitimos *supra* al epígrafe correspondiente.

DCFR, se señale en el contrato de cesión lo necesario para que en el momento que llegue a existir el crédito pueda identificarse como aquel al que se refiere la cesión ¹⁰⁴.

- 4.^a Por último, nuestra norma admite una cuarta hipótesis de cesión, que sería la misma que en el caso anterior (créditos que surjan de relaciones jurídicas todavía no existentes en la fecha de la cesión) pero en la que resultan ya identificados los deudores. En estos casos resulta que la norma tampoco exige el límite temporal, lo cual resulta inadmisibles por las mismas razones antes apuntadas, pero además, porque no necesariamente la sola determinación del deudor puede resultar suficiente para cubrir el requisito de determinabilidad del crédito objeto de cesión ¹⁰⁵.

Con independencia de lo anterior, la disposición adicional tercera exige en la regla 4.^a del apartado 1 un requisito adicional a las cesiones a las que se aplica: que el cesionario pague al cedente en todo o en parte el importe de los créditos cedidos. Se trata de sustraer de este régimen de eficacia a las cesiones de créditos en comisión de cobranza y las gratuitas, como no podía ser de otra manera ¹⁰⁶. Pero, también hay que asimilar al pago la compensación, pues en la gran mayoría de casos de cesiones globales de créditos, puesto que la relación entre las partes se prolonga en el tiempo, es habitual que se instrumentalicen a través de un pacto de cuenta corriente entre cedente y cesionario, en el que se regulan y acreditan los créditos recíprocos que surgen de la relación ¹⁰⁷.

Pues bien, la disposición adicional tercera, después de establecer los requisitos exigibles a las cesiones sobre la base de esas confusas y anómalas alternativas entre unos y otros créditos presentes y futuros, en su apartado 2 sanciona la eficacia frente a terceros (acreedores, también) de las cesiones a las que se aplica. No hay razones que justifiquen ese indiscriminado sacrificio de los acreedores del cedente en los supuestos de cesiones de créditos surgidos de contratos y relaciones todavía no nacidos. Insistimos. El efecto retroactivo de la adquisición del crédito al momento en que se realizó el contrato de cesión no parece admisible. Habría que matizar de alguna manera las distintas hipótesis y analizar si resulta adecuada la prioridad. Nosotros ya hemos propuesto una al tratar de la eficacia de estas cesiones. En cuanto al límite temporal del año, puestos a señalar uno, resulta, desde nuestro punto de vista, excesivamente corto, si como parece deseable se trata de favorecer la estabilidad de las operaciones de cesión de créditos futuros, y hubiese sido mejor seguir el ejemplo italiano de los dos años. Además, recordemos que el plazo del año resulta todavía más reducido en nuestra norma, puesto que sólo otorga eficacia a los créditos que nazcan dentro del mismo y no, como hubiera sido más adecuado (como lo hace la ley italiana y de acuerdo con los criterios de eficacia que hemos

¹⁰⁴ Artículo 11:102 (2) de los PECL y III-5:106 (1) del DCFR.

¹⁰⁵ ROMERO MATUTE (2005), págs. 117 y 118, señala que no debería haberse puesto el acento en la indicación del deudor como en el hecho de que crédito sea determinable sin necesidad de ningún tipo de acuerdo de voluntades posterior, porque ni en todos los casos en los que no consta la identidad se puede hablar realmente de indeterminación ni existe tal determinación en todos los supuestos en los que se recoge la identidad de los posibles deudores.

¹⁰⁶ ROMERO MATUTE (2005), págs. 121 y 124, que añade que a la cesión para cobro vuelve a referirse la regla 5.^a del apartado 1 de la disposición adicional que exige que en el caso de que no se pacte que el cesionario responde frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha pagado en todo o en parte el crédito, puesto que –dice esta autora– al tener el cesionario derecho al regreso en caso de impago por el deudor, de no haber anticipo, es porque la cesión se ha hecho para gestionar el cobro.

¹⁰⁷ ROMERO MATUTE (2005), págs. 122 y 123.

propuesto), al nacimiento de las relaciones jurídicas o contratos de los que surgirán los créditos. Todo lo anterior explica que muchos autores se hayan pronunciado a favor de la derogación de esta norma, sobre todo en lo que atañe a la eficacia de las cesiones frente a los acreedores concursales del cedente y realizadas por éste, de lo que también se ocupa. De ello tratamos a continuación.

5.4. Eficacia en caso de concurso del cedente.

El apartado 4 del artículo 11:401 de los PECL se ocupa de la eficacia de la cesión en caso de concurso del cedente, de la siguiente manera: «En caso de concurso o insolvencia del cedente, el interés del cesionario en el crédito cedido prevalecerá frente al interés del administrador del concurso del cedente y de los acreedores, dentro del respeto a las leyes que resulten aplicables al concurso y que se refieran: (a) la publicidad que se exija como condición para dicha prelación; (b) el orden de preferencia de los créditos; o (c) la nulidad o ineficacia de los negocios en el procedimiento concursal». El precepto, aunque viene a sancionar la eficacia de la cesión frente al concurso ¹⁰⁸, tal previsión carece de virtualidad al quedar subordinada a las normas sobre publicidad, prelación e impugnación de la normativa concursal aplicable, las del Tribunal del foro donde se ventile el concurso. No podía ser otra la solución al tratarse éste de un aspecto que se ventila en el marco de un proceso judicial ¹⁰⁹.

El concurso del cedente ha constituido tradicionalmente una amenaza a la eficacia de las cesiones de créditos futuros. La cuestión era especialmente preocupante en España con anterioridad a la Ley Concursal (en adelante, LC), porque el juego de la regla de la retroacción de la quiebra que avocaba a una indiscriminada ineficacia de los contratos celebrados durante el periodo de retroacción, ponía en serio riesgo a las cesiones de créditos y mucho más cuando se trataban de cesiones de créditos futuros que habían nacido en ese periodo o después de la declaración de la quiebra. Para proteger este tipo de cesiones y particularmente como medida de estímulo de la actividad de *factoring*, se promulgó la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999. Todo indica que la finalidad básica de esta norma fue sustraer a las entidades de *factoring* de las reglas generales en materia de quiebra y, en concreto, del juego del antiguo sistema de la retroacción, caso de quiebra del cedente ¹¹⁰. En este aspecto el texto actualmente vigente reformó la primitiva redacción por las severas críticas que la doctrina realizó desde que se promulgó ¹¹¹, pero sobre todo por las que se han vertido después de que

¹⁰⁸ BARRES, EMBID Y MARTÍNEZ (2007), pág. 183, señalan que prevalece la cesión sobre el concurso.

¹⁰⁹ Los PECL siguen aquí un criterio similar al que establece la Convención ONU que precisa que la prelación del cesionario sobre el concurso se regirá por la ley del Estado donde esté situado el cedente (art. 30). Ni el Convenio Unidroit ni el DCFR dedican precepto alguno al respecto, lo cual no puede ser interpretado más que en el sentido de una remisión a las reglas de Derecho internacional privado aplicables. Cfr. artículo 10 de la LC.

¹¹⁰ ALCOVER GARAU (2000), pág. 19. Efectivamente, la exposición de motivos de la Ley 1/1999, de Entidades de Capital-Riesgo señalaba textualmente: «La ley incorpora una disposición adicional que, sin estar estrictamente relacionada con el capital-riesgo, persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como «*factoring*». Con la presente disposición se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente».

¹¹¹ Profundas críticas en ALCOVER GARAU (2000), págs. 11, 19, 20, 68 y 70 y siguientes que se concretan, la principal, en que no se adivina la razón específica de política jurídica que determina la exclusión para las relaciones de *factoring* de la aplicación de las reglas de la retroacción, pero también la crítica por la inadecuada ubicación del precepto, por la deficiente técnica legislativa al hacer una mala copia de la ley italiana o en resultar aplicable a otras hipótesis distintas de la cesión traslativa, como es el descuento.

entrara en vigor la LC y ésta mantuviera la vigencia de la disposición en cuestión ¹¹². En efecto, una vez que se ha promulgado la LC que pretende uniformar el régimen de los derechos de los acreedores en el concurso y romper con el criticable sistema anterior de retroacción absoluta para sustituirlo por el de revocación singular sobre el presupuesto del perjuicio del acto rescindible (art. 71.1 de la LC), resultaba injustificado mantener esa inmunidad frente al concurso ¹¹³. Parece que estas justificadas críticas han tenido cierta resonancia en el legislador, a juzgar porque en el texto actual de la disposición adicional se ha pasado de la antigua inmunidad frente a la retroacción al sometimiento de las cesiones de créditos al régimen general del artículo 71 de la LC. Actualmente, en virtud de la reforma que la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (disp. final tercera), ha realizado de la disposición adicional, el número 3 establece ahora: «En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». ¿Qué alcance tiene esta norma? Desde nuestro punto de vista, ninguno. La norma resulta ahora superflua, porque no hace falta que diga expresamente, ni ésta ni ninguna norma, que tal o cual contrato o acto queda sometido al régimen del artículo 71 de la LC ¹¹⁴. La norma no tiene más alcance que dejar clara la ruptura con el régimen excepcional del anterior texto de la disposición adicional que excluía la posibilidad de rescindir determinadas cesiones de créditos realizadas antes de la declaración de concurso. Ahora se pueden rescindir, pero de conformidad con el artículo 71 de la LC y, como no puede ser de otra manera, con el resto de los preceptos de la misma, más en concreto, por lo que interesa al tema de la cesión de créditos futuros, con el artículo 61, que se ocupa de la eficacia de los contratos realizados por el deudor antes de la declaración de concurso y todavía vigentes en ese momento y que, como vamos a ver inmediatamente, no siempre permite la impugnación de los mismos.

En efecto, la LC, frente al anterior régimen de indiscriminada ineficacia de los actos y contratos realizados por el deudor en el periodo sospechoso anterior a la declaración de la quiebra, ha establecido un sistema de impugnación aplicable únicamente a hipótesis objetivamente lesivas, puesto que requieren como presupuesto un perjuicio, cuyo trasfondo son actuaciones del concursado desviando bienes o derechos para burlar a los acreedores o favorecer a alguno. En nuestra opinión, actualmente la LC ha colocado el sistema de acciones de reintegración a la masa en el lugar que debe estar, como unas acciones que se podrán ejercitar en situaciones o ante conductas anómalas del deudor previas al concurso que, salvo las presunciones del artículo 71, requerirán la prueba del perjuicio ¹¹⁵, pero no en los casos en los que haya actuado de manera regular. Del artículo 61 de la LC, que regula los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas vigentes en el momento de la declaración, se desprende la regla general de que la declaración de concurso no afecta a la validez y eficacia

¹¹² Disposición adicional segunda.2 f) de la LC, que además extiende el privilegiado régimen de eficacia a otras muchas entidades (cfr. apdo. 1).

¹¹³ LEÓN SANZ (2005), págs. 4.138 y 4.150, y ROMERO MATUTE (2005), págs. 4.348 a 4.350 y 4.383. Esta autora termina abogando por la derogación de los números 3 y 4 de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999.

¹¹⁴ La paradoja es que al haber desaparecido la genuina razón de ser de la disposición adicional (que era la de sustraer determinadas cesiones del antiguo sistema de la retroacción), teniendo en cuenta que las otras previsiones sobre oponibilidad de la cesión son absolutamente criticables, parece imponerse la total abrogación de esta disposición.

¹¹⁵ GULLÓN BALLESTEROS (2004), pág. 4.127, estima que el perjuicio existirá cuando exista una disminución del patrimonio del deudor que no esté correspondida o contrapesada con una correspondiente adquisición.

de tales contratos que se encuentren pendientes de cumplimiento ¹¹⁶. Esto tiene una gran importancia en punto a la eficacia de la cesión de créditos futuros y en el *factoring*. Desde el principio ya advertimos que este trabajo iba a ocuparse exclusivamente de la cesión onerosa ¹¹⁷. Partiendo de esto, si se examina el régimen de eficacia del artículo 61 de la LC, hay que distinguir dos supuestos.

En primer lugar, el artículo 61.1 de la LC se ocupa de la hipótesis del contrato que ha sido cumplido íntegramente por una de las partes y por la otra está pendiente de cumplimiento en todo o en parte, para lo cual la norma establece que el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá en la masa activa o en la pasiva del concurso. Esto significa que la LC impide la impugnación del contrato en estas circunstancias ¹¹⁸, en otras palabras, mantenimiento de su vigencia y validez. Traslado esta regla a la cesión del crédito resultará que, si es el cesionario el que tiene pendiente el pago, se reclamará el mismo por los administradores del concurso y lo obtenido irá a parar a la masa activa (art. 76 de la LC). Si por el contrario, es el cedente el que tiene pendiente el cumplimiento porque el crédito no ha nacido, la prestación a favor del cesionario (el crédito) será un derecho de crédito contra la masa (distintos a los créditos concursales), tal como se desprende del artículo 84.2.6.º de la LC o, más propiamente, hay que considerar que el cesionario tiene derecho a la separación ex artículo 80 de la LC ¹¹⁹. En otras palabras, en el caso que contemplamos a partir de la declaración de concurso va a subsistir la obligación de ceder los créditos que surjan ¹²⁰, siempre y cuando –no lo olvidemos– hayan sido pagados todos y cada uno previa e íntegramente por el cesionario. Este criterio habría que aplicarlo tanto respecto de créditos que surjan de contratos o de relaciones jurídicas nacidas en la fecha en que se hizo la cesión, como cuando se trate de créditos que hayan surgido de contratos celebrados después, incluso, después de la declaración de concurso, aunque desde luego es evidente que en la práctica no es imaginable que el cesionario anticipe el pago (tendría que ser íntegro, además) en los casos de cesiones de créditos que surgirán de contratos no celebrados.

En cuanto a la otra hipótesis que contempla el artículo 61.2 de la LC, la relativa a contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, se establece también el criterio de considerar vigentes tales contratos, pero con la particularidad de que se podrá instar la resolución de tales contratos (por la Administración del concurso, en caso de suspensión, o por el concursado, en caso de intervención) si lo estimaren conveniente al interés del concurso. La resolución la dictará el juez en comparecencia del concursado, de la Administración concursal y de la otra parte si hay acuerdo entre las partes en la resolución y sus efectos. De no existir acuerdo, la resolución habrá de sustanciarse por la vía del incidente concursal. Traslado esto a la cesión, presupuesto que ni el cesionario haya pagado en su totalidad el crédito objeto de cesión, ni el crédito haya nacido, lo que ocurre frecuentemente en las cesiones globales de créditos, lo más conveniente parece que sería el ejercicio de la resolución ¹²¹.

¹¹⁶ Así lo dice expresamente la exposición de motivos de la LC (cfr. III). GÓMEZ MENDOZA (2004), pág. 2.789, considera que la LC establece el principio de vigencia de todos los contratos con obligaciones recíprocas.

¹¹⁷ Si la cesión fuese gratuita, sería directamente rescindible de acuerdo con el artículo 71.2 de la LC que presume *iuris et de iure* el perjuicio.

¹¹⁸ GÓMEZ MENDOZA (2004), pág. 2.803. SALELLES (2004), pág. 3.162.

¹¹⁹ RECALDE CASTELL (2004), pág. 4.333.

¹²⁰ LEÓN SANZ (2004), pág. 4.154.

¹²¹ RECALDE CASTELL (2004), pág. 4.344, considera en relación al *factoring*, y en el marco de la disposición adicional, que respecto de los créditos surgidos después de la declaración de concurso, lo más razonable sería establecer que se resolviera automáticamente como consecuencia del concurso.

Pasando ahora al análisis de la jurisprudencia, dos son los casos en los que el TS se ha enfrentado con la eficacia de la cesión de créditos futuros en caso de concurso del cedente ¹²². En primer lugar, el de la Sentencia de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3565), que gira en torno a un crédito derivado de un contrato de obra que había realizado el cedente como contratista, cuyo pago estaba pendiente del cumplimiento de determinados requisitos formales porque al parecer se trataba de una operación de comercio exterior. La cesión se llevó a efecto el 2 de abril de 1985 por escritura pública y se notificó al deudor. Los requisitos formales se cumplimentaron el 24 de julio siguiente. En el interin, el 25 abril, se admite a trámite la suspensión de pagos del cedente. El deudor cedido puso a disposición de la intervención de la suspensión la cantidad debida y el cesionario interpuso acción de reclamación contra el deudor y contra los interventores de la suspensión, siendo estimada la demanda interpuesta frente al deudor, afirmando que el crédito ya figuraba en el patrimonio del recurrente cuando se inició la suspensión de pagos y que pagó a quien no era el acreedor, no realizando un pago liberatorio (argumento ex art. 1.527 del CC). Discrepamos de la sentencia, en cambio, cuando argumenta que no se trataba de un crédito futuro porque el cedente había cumplido con sus obligaciones (las dimanantes del contrato de obra), porque este extremo no determina que el crédito sea o no futuro ni afecta a la eficacia de la cesión frente a terceros. Claro que se trataba de un crédito futuro, porque en el momento de la cesión no era exigible. En otro caso el cedente no habría tenido necesidad de cederlo. Además, si analizamos este caso en el marco de la actual LC, lo decisivo para la eficacia de la cesión frente al concurso en este caso hubiese sido, no si era o no futuro, sino si el cesionario había o no pagado la contraprestación por la cesión en la fecha de declaración del concurso, lo que en este caso se había producido. En ello no entra la sentencia, aunque probablemente lo haya tenido en cuenta.

Por su parte, la STS de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3048) se enfrenta a otro caso de cesión de crédito derivado de un contrato de obra que había realizado el cedente como contratista, sólo que el comitente (deudor cedido) era la Administración pública. En el caso, que ya ha sido referido en otro lugar de este trabajo, la actora-cesionaria ejercitaba acción frente a la intervención de la suspensión de pagos del cedente, pretendiendo que se declarase la nulidad de la calificación como ordinario del crédito cedido. La sentencia argumenta en el FD 3.º, por un lado, que «...en los casos en los que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión –según la opinión doctrinal que aparece más fundada– nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio...». Sin embargo, a continuación, añade que la cesión anticipada *parecen obstaculizarla* los artículos 100.4 y 101 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas y los artículos 99.4 y 100.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, textos ambos derogados, que han sido sustituidos por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyos artículos 200.4 y 201 son sustancialmente coincidentes con los preceptos de las leyes derogadas ¹²³. El argumento de la sentencia para negar el efecto adqui-

¹²² Cabe también hacer referencia al caso, ya comentado, resuelto por la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 4313) que se enfrenta a otra hipótesis de cesión de créditos futuros en caso de suspensión de pagos del cedente, pero como ya se vio, la cesión en este supuesto era en garantía, por lo que la posición del cesionario en el concurso no puede recibir otro tratamiento que el de acreedor concursal con garantía prendaria y ser titular de un mero privilegio especial ex artículo 90.1.6.º de la LC.

¹²³ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

Artículo 200. *Pago del precio.*

(...)

sitivo por el cesionario es que dado que el pago del precio de la obra por la Administración se ha de producir dentro del plazo de los 60 días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, puesto que la Administración pagará cuando se haya comprobado lo anterior, será entonces cuando el acreedor pueda ceder el derecho al cobro, según la previsión de los preceptos indicados. La argumentación no puede ser más desafortunada, pues está confundiendo la cuestión de la eficacia de la cesión con la relativa a las excepciones oponibles por la Administración que, evidentemente, –lo mismo que todo comitente– puede negarse a pagar al cesionario si la obra no es ejecutada en todo o en parte o lo es defectuosamente. Es el clásico tema de las excepciones oponibles por el deudor cedido frente al cesionario, que nada tiene que ver con la eficacia de la cesión. Por lo demás, el grave precedente que sienta esta sentencia, debido a la inseguridad que coloca a los cesionarios de las empresas contratistas de la Administración en caso de concurso de éstas, puede redundar en detrimento de la financiación de estas empresas.

Bibliografía

- 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 de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras]*: Civitas, Madrid.
- BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M. y MARTÍNEZ SANZ, F. [2007]: *Principios del Derecho Contractual Europeo, Parte III*, Colegios Notariales de España, Madrid.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, J. [2008]: *Tratado de los derechos de garantía*, t. II, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona.
- CASTILLA CUBILLAS, M. [2002]: *Titulización de créditos*, Civitas-Thomson, Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. [1950]: «La promesa de contrato», *ADC*, págs. 1.133-1.186.
- DÍEZ-PICAZO, L. [1996]: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vols. I y II, 5.ª ed., Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. [2001]: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Tecnos, Madrid.
- DOLMETTA, A.A. y PORTALE, G.B. [1985]: «Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano», *Banca, Borsa e Titoli di credito*, t. I, págs. 258 a 290.

4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato...

Artículo 201. *Transmisión de los derechos de cobro.*

1. Los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a Derecho.
2. Para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión.
3. La eficacia de las segundas y sucesivas cesiones de los derechos de cobro cedidos por el contratista quedará condicionada al cumplimiento de lo dispuesto en el número anterior.
4. Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente surtirán efectos liberatorios.

- EIZAGUIRRE, J.M. de [1995]: «Voz *Factoring*», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, vol. II, Civitas, Madrid, págs. 3.046-3.060.
- FÍNEZ RATÓN, J.M. [1993]: «Doctrina jurisprudencial sobre efectos de la declaración de la quiebra en el contrato de descuento», en *Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. II, Cantabria, págs. 131 y ss.
- GARCÍA CRUCES-GONZÁLEZ, J.A. [1989]: «El contrato de *factoring* como cesión global de créditos futuros», *ADC*, págs. 377-443.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. [1995]: *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA VICENTE, J.R. [2004]: «Comentario a la STS 27 junio de 2003», *CCJC*, págs. 567-587.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. [1993]: *La cesión de créditos: sistema español de cesión de créditos: formación, sistema traslativo y protección del deudor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ MENDOZA, M. [2004]: «Efectos del concurso sobre los contratos: Cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. III, Marcial Pons, Madrid, págs. 2.787-2.828.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. [2004]: «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid, págs. 4.124-4.135.
- HERRERA, A. [2005]: «La cesión de créditos futuros como método de financiación de infraestructuras públicas», *Actualidad Jurídica* de Uría&Menéndez, núm. 10, págs. 33-44.
- LACRUZ BERDEJO J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. [1984]: *Derecho Inmobiliario Registral. Elementos de Derecho Civil*, t. III bis, Librería Bosch, Barcelona.
- LEÓN SANZ, F. [2004]: «Las acciones de reintegración y el contrato de *factoring*», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid, págs. 4.137-4.158.
- MANZINI, T. [1991]: *Trattato di Diritto Privato*, Rescigno (coord.), 9, *Obligazioni e contratti*, UTET, Torino.
- MEDICUS, D. [1995]: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, trad. de Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona.
- NAVARRO PÉREZ, J. [1988]: *La cesión de créditos en el Derecho español*, Comares, Granada.
- PANTALEÓN PRIETO, F. [1988]: «Cesión de créditos», *ADC*, págs. 1.033-1.131.
- PEEL, E. [2007]: *The Law of Contract*, Thomson-Sweet&Maxwell, London.
- RECALDE CASTELLS, A. [2004]: «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*, t. IV, Marcial Pons, Madrid, págs. 4.330-4.346.
- REGLERO CAMPOS, F. [2001]: «Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001», *CCJC*, núm. 57, oct.-dic. 2001, págs. 583-594.
- ROCA GUILLAMÓN, J. [1977]: *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho español*, EDERSA, Madrid.
- ROGEL VIDE, C. [1975]: *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- ROMERO MATUTE, B. [2005]: *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, Thomson-Civitas, Madrid.
- [2004]: «Duplicidad de sistema de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid, págs. 4.347-4.386.
- SALELLES, J.R. [2004]: «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: Consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal [Ley 23/2003, de 9 de julio]», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. III, Marcial Pons, Madrid, págs. 3.155-3.192.