



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo de Fin de Grado

Contratos atípicos e innominados: Especial referencia al contrato de factoring y al negocio fiduciario.

Alumno:

Sergio Nebrera Clemente

Mayo de 2021.

Agradecimientos...

A mi hermano Cristian, que cuando entré en un bloqueo y estuve a punto de dejar la carrera porque me veía incapaz de hacer nada él me dijo “escucha bien Sergio, y no lo olvides. Cree en ti mismo y sigue hacia delante. No en el mí que confía en ti”. También que debo de agradecerles a mis padres por estar a atentos de mí cuando más lo necesitaba.

RESUMEN.

Este trabajo tiene como finalidad desentrañar las bases en las que se asientan los denominados contratos “atípicos” centrándonos en dos contratos de contenido patrimonial: el contrato de factoring y el negocio fiduciario.

A lo largo del paginado, este trabajo no solo asume un enfoque teórico-práctico sobre el funcionamiento de estos contratos sino que también tratara las diversas problemáticas que orbitan alrededor de estas figuras y incluyendo las diversas responsabilidades que puedan nacer de estos.

ABSTRACT.

The purpose of this work is to unravel the bases on which the so-called "atypical" contracts are based, focusing on two contracts of equity content: the factoring contract and the trust business.

Throughout the page, this work not only assumes a theoretical-practical approach on the operation of these contracts but will also deal with the various problems that orbit around these figures, including the various responsibilities that may arise from them.

ABREVIATURAS

- Agencia Tributaria (AEAT).
- Association of International Certified Professional Accountants (AICPA).
- Artículo / Artículos (Art. / Arts).
- Código Civil (Cc).
- Código de Comercio (C.co).
- Código Penal (C.p)
- Constitución Española (C.E).
- Establecimiento Financiero de Crédito (E.F.C.).
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).
- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).
- Ley Hipotecaria (L.H).
- Ley General Tributaria (LGT).
- Ley de Sociedades de Capital (LSC).
- Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (LPSC)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP).
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC).
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS).
- Partido Nacionalista Vasco (PNV)
- Tribunal Constitucional (TC).

ÍNDICE.

1. PALABRAS CLAVE

2. INTRODUCCIÓN

3. CONTRATOS ATÍPICOS E INNOMINADOS

3.1. ANTECEDENTES

3.2. EL PROBLEMA TERMINOLOGICO

3.3. CONCEPTO

3.4. FUNDAMENTO JURÍDICO

3.4. 1. SISTEMA DE FUENTES EN LOS CONTRATOS ATÍPICOS

3.4.2. PRINCIPIO AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3.4.3. TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

3.5. CONTRATOS MIXTOS

4. CONTRATO DE FACTORING.

4.1. ANTECEDENTES.

4.2. CONCEPTOS Y CARACTERISTISTICAS FUNDAMENTALES DEL FACTORING.

4.3. FINALIDAD DEL FACTORING.

4.4. FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FACTORING

4.4.1. CESIÓN DE CRÉDITOS

4.4.1.1. CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS FUTUROS

4.4.1.2. LA EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN

4.4.2. FUNCIÓN DE CONTABILIDAD

4.4.3. FUNCIÓN DE FINANCIACIÓN Y ANTICIPO

4.5. FUNCIONAMIENTO Y TIPOS DE CONTRATOS DE FACTORING

4.5.1. FUNCIONES.

4.5.2. TIPOS DE CONTRATOS DE FACTORING

4.6. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

4.7. TRATAMIENTO INTERNACIONAL DEL FACTORING

5. NEGOCIO FIDUCIARIO

5.1. ANTECEDENTES

5.1.1 TRAYECTORIA HISTORICA

5.1.2. ORIGEN DE LA PALABRA FIDUCIA

5. 2. CONCEPTO

5.3. FUNCIONAMIENTO

5.3.1. LAS PARTES INTERVENIENTES EN LA OPERACIÓN FIDUCIARIA.

5.3.2. REQUISITOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA

5.3.2.1. CAPACIDAD

5.3.2.2. EL CONSENTIMIENTO

5.3.2.3. OBJETO

5.3.2.4. CAUSA FIDUCIAE

5.3.3. CAUSAS DE EXTINCIÓN

5.4. PROBLEMÁTICAS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

5.4.1. LA SIMULACIÓN FIDUCIARIA

5.4.2. FRAUDE FISCAL MEDIANTE EL USO DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

5.4.3. PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

5.4.4. OTROS CONCEPTOS PROBLEMATICOS DEL LA FIDUCIA

5.5. CASOS PROBLEMATICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA FIDUCIA

5.5.1. PROBLEMÁTICA HISTORICA CON LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD

5.5.2. CASOS EJEMPLARES DE LA JURISPRUDENCIA

5.5.2.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MAYO DE 2010 SOBRE LA FIDUCIA CUM AMICO

5.5.2.1 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 1º DE 17 DE MAYO DE 2010 SOBRE LA FIDUCIA CUM AMICO

6. CONCLUSIONES

7. LEGISLACIÓN

8. JURISPRUDENCIA

8.1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.2. SENTENCIAS DE LA SALA 1º (DE LO CIVIL) DEL TRIBUNAL SUPREMO

8.3. SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

9. BIBLIOGRAFÍA

10. WEBGRAFÍA.

1. PALABRAS CLAVE

Atípico, autonomía de la voluntad, causa, cedente, cesión de créditos, consentimiento, contratos, factoring, fraude, negocio fiduciario, pacto comisorio, simulación, típico.

2. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema Derecho actual se encuentra diseñado para que las personas (jurídicas o físicas) puedan intervenir en el tráfico jurídico adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones entre ellos. Cuando estas obligaciones y derechos se adquieren a causa del consentimiento entre las partes, y estas se constituye conforme a ley, podemos hablar de los denominados “contratos”.

En lo que respecta a los contratos, nos encontramos que estos se encuentran regulados en el capítulo II del Código Civil en el que se expresa las normas generales de contratación, dentro de este capítulo también recoge figuras contractuales expresas como pueden ser algunos como la compraventa o el de donación entre otros. Pese a lo dicho, el Código Civil no es la única legislación en el que se recoge los contratos, ya que existen legislaciones especiales donde se recogen más figuras contractuales como puede suceder en el C.co, aunque existe contratos que no se recogen en ningún texto normativo. Con esto en mente, la doctrina realiza una distinción entre aquellos contratos que se encuentra regulados por ley, denominados contratos típicos, y aquellos en los que no regula la ley llamados contratos atípicos.

El motivo por el que existen contratos regulados, y otros que no, se debe en parte a “una dilatada tradición histórica y doctrinal”¹ que ha construido una base sólida para que el legislador la plasme de forma positiva en el ordenamiento, en otras ocasiones, el motivo de la regulación de un contrato ha sido originado por la propia necesidad de que existan normas expresas para su eficacia en el tráfico jurídico. Una vez dicho esto, puede generarse la pregunta de ¿Qué ocurre cuando un contrato no está regulado? Como hemos dicho antes, estos serán considerados como contratos atípicos y tendrán validez en el tráfico jurídico ya que el Código Civil expresa que “los contratos tienen

¹Sánchez, F.J., Moreno, L., Ossorio, J.M., González, J.M., Ossorio, J., Ruiz-Rico, J. (2014). *Curso de derecho civil. II*, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos. Tirant lo Blanch, Valencia, p.149.

fuerza de ley entre las partes” (art.1091 C.c). En relación a esto hay que decir que “*la voluntad concorde de las partes se erige entonces en elemento esencial de todo contrato, del que se dice que está regido por la autonomía de la voluntad, por clara referencia al principio de la autonomía de la voluntad*”² dicho principio se sustenta por su plasmación en el artículo 1255 C.c que pone como único límite no ser contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Una vez dicho esto, es de debida importancia tratar dos tipos de contratos que tiene el carácter de atipicidad.

El primero es el contrato de factoring, este contrato tiene varias teorías sobre su origen pero lo que podemos afirmar con seguridad que es un contrato que ha sido perfeccionado dentro del derecho anglosajón y que en nuestro sistema jurídico tiene la finalidad de proporcionar liquidez a aquellas personas que son titulares de derechos de cobros sobre terceros, ya que a través de este contrato se le asigna a un tercero la responsabilidad de gestionar el cobro de las deudas y otras funciones de financiación lo que se traduce una importante facilidad obtener liquidez³.

El segundo contrato es el negocio fiduciario, este contrato se estructura con una enorme complejidad, ya que este contrato se busca cumplir con la finalidad pactada por los contratantes, y para ello, se combina dos negocios jurídicos que da lugar a un doble efecto (el efecto real y efecto obligacional)⁴. Este contrato, pese a ser perfectamente legal, en ocasiones da lugar a una serie de irregulares cuando este elude la aplicación de normas legales imperativa o evitar cumplir una determinada obligación, entre estos problemas se encuentra en aquellos que pueden ocurrir con la

²Anónimo (2021). *Contratos atípicos y innominado*. Editorial Wolters Kluwer. Disponible online en:[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE)

[params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE). Consultado en 06/02/2021.

³ González, J. A. G. C. (1989). El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros. *Anuario de derecho civil*, 42(2) Madrid, p.378.

⁴Anónimo (2021). *Contratos fiduciarios*, Enciclopedia jurídica, disponible, online en: <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/contratos-fiduciarios/contratos-fiduciarios.htm>. Consultado en 13/02/2021.

AEAT al no hacer frente al hecho imponible que nace del verdadero contrato que subyace en el negocio fiduciario.

3. CONTRATOS ATÍPICOS E INNOMINADOS

3.1. ANTECEDENTES

Los contratos atípicos, también conocidos como contratos innominados, han sido un tema que la Doctrina y la Jurisprudencia han tratado en ilimitadas ocasiones. Su comienzo en el sistema español jurídico se data como anterior al siglo XX, siendo mencionada en una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 1929 y cobrando relevancia jurídica en los años sesenta. Sobre los motivos de la aparición de contratos atípicos podemos identificarlos en cinco causas.

- 1) El continuo avance tecnológico generó como un *codito sine qua non* con las que se crearían nuevas clases de contratos para adaptarse al uso de esa tecnología.
- 2) La apertura de las fronteras españolas durante la década de los años sesenta generó una reapertura del tráfico jurídico con otros ordenamientos jurídicos, lo que conllevó que se viese influida por los diversos sistemas de contratación existente en el Derecho Anglosajón, entre ellos, el contrato de leasing y de factoring en otros.
- 3) Sobre el tercer motivo, debemos decir que implica un carácter obligacional, ya aquellos quisieran realizar algún tipo operación mercantil con Estado extranjero debían adaptarse a estas fórmulas de contratación para conseguir dar salida a las operaciones internacionales.
- 4) En vinculación a lo ya dicho, debemos añadir que existe una disminución proporcional de empresarios individuales en correlación con el aumento de sociedades mercantiles. Esto da lugar a una estructura empresarial más compleja y llena de medios, que, a su vez, necesita expandirse al exterior del territorio para obtener ingresos, lo que implicó dar respuesta a tres necesidades. La primera necesidad es la de realizar contrataciones a larga distancia, la segunda es la adquisición de tecnología de forma accesible y rápida, y por último, el acceso a patentes.
- 5) Por último, tenemos que tener en consideración que tanto el Código Civil como el

Código de Comercio datan del siglo XIX, lo que conlleva que no estén regulados estas nuevas figuras ya que de ninguna forma podían prever su futura existencia, obligando de esta forma acudir a las normas generales del Código Civil para dotarlos de validez.⁵

3.2. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Cuando hablamos de los contratos atípicos debemos realizar una importante distinción, ya que si no se hace podemos llegar a una confusión, ya que cuando hablamos de contratos típicos decimos que son aquellos que se encuentran regulados expresamente en la ley y los atípicos son los que no se encuentran regulados. Ahora bien, el hecho que un tipo de contrato no tenga un nombre denominado o que este clasificado con un nombre específico no lo convierte automáticamente en un contrato atípico ya que lo que depende es si el contenido se encuentra regulado.⁶

3.3. CONCEPTO

El contrato atípico puede ser definido *“como aquel que no estando predeterminado y prerregulado en la norma, es, sin embargo, aceptado y protegido por el ordenamiento jurídico, fundado precisamente en la autonomía privada”*⁷. Otra definición aplicable es que los contratos atípicos es aquel contrato que *“no se encuentra regulado por la ley, encontrándose sus escasas referencias normativas dispersa en distintas leyes”*⁸ lo que da lugar a entender de que puede existir preceptos que aludan a este tipo de contratos no regulados de forma indirecta. Además, existe una definición que indica que *“esta clase de convenio no tiene nombre propio legalmente otorgado. Pero, evidentemente en el mercado, los agentes económicos lo identifican con un nombre determinado”*⁹, sobre esta

⁵ Chulià Vicent E. y Beltrán Alandete T. (2021). Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, consultado 13/02/2021, online: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/contratos-atipicos-24859>.

⁶ Verdugo Bravo, I. E. (2017). *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos*, Ars Boni et Aequi, Santiago, p. 107.

⁷ Verdugo Bravo, I. E. (2017). Ob. Cit. p.106.

⁸ Alfaro Jiménez, V. M. (2009). *Glosario de términos jurídicos*, Grupo Editorial Patria; Edición 1st, Ciudad de Mexico, p.2.

⁹ Romero-Pérez, J. E. (2001). Contratos atípicos. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (96). Universidad de Costa Rica, Costa Rica, p.112

definición destaco su enfoque práctico-mercantil ya enfocan a los operadores del mercado como un sujeto relevante en la creación de nuevas figuras contractuales, como por ejemplo, los contratos leasing y factoring.

En líneas generales, la mayoría de las definiciones realizadas por los autores se centran en una definición de carácter “negativo” que se enfoca en destacar su falta de regulación, pero su conocimiento por los usuarios que intervienen en el trafico jurídico.

3.4. FUNDAMENTO JURÍDICO

3.4.1. SISTEMA DE FUENTES EN LOS CONTRATOS ATÍPICOS

El problema al que se enfrenta los contratos atípicos es que al no existir una regulación concreta que regule su funcionamiento pueden darse conflictos a la hora de su interpretación y aplicación. Ante esta circunstancia de inseguridad que genera estos contratos, los operadores jurídicos han señalado que para dotar de un criterio de interpretación podemos acudir a las siguientes fuentes:

- 1) Como una de las primeras opciones podemos acudir a la costumbre y a los principios generales del Derecho como una fuente válida para los contratos atípicos en virtud del artículo 1 C.c. Además, es importante recordar que los contratos no solamente obligan a realizar lo que este expresamente pactado, sino que también a realizar todas las prestaciones que se ajusten a la naturaleza del contrato siempre y cuando se ajuste a la buena fe, al uso y costumbre.

Pese a esto, puede darse que un contrato atípico que se lleve a cabo en el ámbito mercantil, en este caso, las normas relativas a costumbre e interpretación de contratos se modifican sustancialmente ya que los contratos, según el artículo 2 C.com, se interpretaran siguiendo el contenido objetivo del contrato y la costumbre que se aplica al contrato será la de “cada plaza”. Esta expresión quiere decir que la costumbre aplicable será la del lugar donde se celebró el contrato sobre la posible costumbre que exista a nivel nacional o internacional.

- 2) Para determinar que normas son aplicables podemos acudir a las normas generales de la contratación que se encuentra en nuestro C.c desde el artículo 1254 al 1314 C.c. Estas normas son igualmente aplicables para todo tipo de contrato (típicos y atípicos) y hacen que sean válidos los contratos si siguen los requisitos requeridos.
- 3) Hay que tener en consideración que cuando se realiza un contrato atípico este debe delimitar su contenido y el régimen jurídico aplicable para el contrato, esto soluciona en gran forma cuales son los límites legales a los que están sometidos los contratos. Conjuntamente a lo dicho hay que añadir que en virtud del artículo 1255 C.c (norma que consagra el principio de autonomía privada) los contratos de cualquier clase, por norma general, son válidos y de obligado cumplimiento por las partes (art. 1091 C.c) ¹⁰.

3.4.2. PRINCIPIO AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Como hemos destacado en múltiples ocasiones, el principio de autonomía de la voluntad es un principio fundamental en los pactos y contratos de naturaleza civil, siendo estos un fundamento esencial para justificar la legalidad de los contratos atípicos, pero, ahora bien, ¿Cómo podemos definir el principio de autonomía de la voluntad?

Sobre esta pregunta, se ha manifestado en incontables ocasiones dentro de la doctrina y la jurisprudencia, pero en esta ocasión destacamos dos significados distintos: El etimológico y el formal.

Significado etimológico de la autonomía de la voluntad

Para determinar el significado objetivo de la “autonomía de la voluntad” debemos realizar un análisis morfológico de la palabra de origen griego

¹⁰ Sánchez, F.J., et al. (2014) Ob. Cit. p.151.

“autonomía”. Por una parte, la palabra “nomia” quiere decir que algo es una ley o norma, por otra parte, la palabra “auto” significa que va dirigido a uno mismo. Por ende, esta palabra quiere referirse al establecimiento de normas que se imponen a uno mismo bajo su propia voluntad.¹¹

Significado formal de la autonomía de la voluntad

Sobre que se considera parte de la autonomía privada de voluntad podríamos destacar varias apreciaciones como las hechas por el profesor Verdugo Bravo señala que *“los actos jurídicos son precisamente una manifestación de la autonomía privada... La autonomía privada se nos presenta así, como una fuerza generadora del acto jurídico, es decir, ella es lo que hace nacer el acto jurídico, pero ajustado a un sistema más amplio, como lo es el orden jurídico”*¹².

Otra de las definiciones sobre la autonomía privada de la voluntad viene de parte de uno de los ilustre civilistas más relevante en el ámbito académico, siendo este Díez-Picazo en el que señala *“el principio de la autonomía de la voluntad”* como *“un poder que el orden jurídico confiere al individuo para gobernar sus propios intereses...La autonomía privada puede también definirse como el poder que el individuo tiene de reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”*¹³. Además de la anteriores definiciones, podrían incluirse algunas como la hecha por profesor Scognamiglio que define la autonomía de la voluntad como un instrumento empleado por las personas para *“disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismo.”*¹⁴

En resumidas cuentas, la mayoría de las definiciones realizadas por la doctrina señalan que existe una voluntad por parte de los sujetos a someterse aun pacto y que el mero sometimiento a este pacto da lugar a una relación jurídica lícita.

¹¹ Ducci Claro, C. (1984). Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile, p.225.

¹² Verdugo Bravo, I. E., Ob. Cit. p.102.

¹³ Díez-Picazo, L. (1956). Díez-Picazo, L. (1956). La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamiento urbanos. *Anuario de derecho civil*, 9(4), Madrid, p.1151.

¹⁴ Scognamiglio, R. (1950). *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p.90.

3.4.2.1. CONTRATOS ATÍPICOS Y LIMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

Como he señalado numerosas, uno de los principales fundamentos para la validez de los contratos atípicos es la autonomía de la voluntad teniendo esta como único límite de lo dispuesto en el art.1255 C.c ¹⁵, en este artículo estipula que podrán establecerse contratos siempre que estos no sean “*contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*” (1255 C.c). Como conclusión, podemos afirmar que cualquier contrato realizado es válido siempre y cuando no excedan estos límites. Sin embargo, sobre la interpretación de estos límites pueden existir diversas problemáticas, entre ellas las siguientes:

1. En relación a la ley, en un principio parece no existir un problema con ella, esto se debe a que solamente debemos remitirnos a la legislación aplicable en relación a la materia para determinar si dicho pacto/clausula es contrario, o no, a ley. No obstante, puede darse la situación que, aunque la ley no prohíba de forma expresa un contrato o determinadas clausulas en estas, pero que pese a eso se emplee para determinar la invalidez del contrato.

El motivó de circunstancia se debe a, posteriormente publicada la ley, la interpretación hecha por la jurisprudencia determine que esta figura contractual no es conforme a derecho en su contenido principal o por su contenido accesorio. Por ello, en el trafico jurídico pueden existir contratos que en un principio se haya constituido válidamente pero que posteriormente sean inválidos, por ejemplo, como ha ocurrido en varias ocasiones con la interpretación la vigente LGDCU.

Siguiendo esta idea, encontramos un panorama más complejo cuando el propio objeto del contrato conlleva una expresa vinculación con los derechos fundamentales recogidos en la CE. Esta complejidad se debe

¹⁵ Sánchez, F.J., et al. (2014) Ob. Cit. p.151..

a que existe una indisponibilidad general de los derechos fundamentales por particulares (*“unmittelbare Drittwirkung”*¹⁶), por lo que en teoría no podrían estar vinculados a un objeto del contrato, no obstante, *“todo derecho fundamental garantiza con rango constitucional ciertos ámbitos de aquella libertad genérica e indeterminada derivada del principio según el cual “todo lo no prohibido está permitido”*¹⁷ así que en ocasiones veremos que ciertos contratos (atípicos y típicos) que pueden afectar a los derechos fundamentales con un cierto límite que es establecido por la interpretación hecha por el TC.

2. Sobre la moral es un concepto difícil de definir, ya que la moral es voluble y depende siempre del contexto histórico en el que nos encontremos, por ello, el concepto de moral difícilmente se va asemejar al que se tenía el legislador en el año 1888 a la hora de codificar el Código Civil. A esto le debemos añadir la dificultad práctica por parte del legislador para positivizar concepciones morales, aunque bien es cierto que determinadas leyes poseen una carga moral, por lo tanto, el papel relevante sobre que es la moral recae sobre juez, el cual debe hacer una serie de operaciones para valorar de la forma más objetiva, sentido colectivo, como entender la moral y las buenas costumbres.¹⁸

En la misma línea de lo dicho, debo indicar que la invalidez o validez de un contrato va a depender del juicio de valor que haga el juez sobre la moralidad colectiva existente al momento de tomar una decisión sobre su validez. De esta forma, puede ocurrir que un contrato que en su día haya sido considerado inmoral en el futuro pueda calificarse como contrato válido al entender que se encuentra dentro de la moral y

¹⁶ Aguila-Real, J. A. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. *Anuario de derecho civil*, 46(1), Madrid, p.59.

¹⁷ Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, Madrid, p.89.

¹⁸ Mato Pacín, M. N. (2015). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, pp.353-364.

que se vuelva a validado o que ocurra el caso contrario.

3. Por último, en lo que respecta al orden público este se estructura como un “conjunto de condiciones legal y reglamentariamente establecidas que, respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales determinadas las reglas mínimas de convivencia constitucional en el espacio público”¹⁹. Alrededor de este concepto existen varias referencias legales situadas en el artículo 1 de CE y el en preámbulo de la LPSC, pero dichas no explican cómo debemos interpretar el orden público lo que nos llega a acudir a la Doctrina. Sobre este concepto, la doctrina ha manifestado su opinión creando dos teorías distintas, la teoría clásica y la teoría de la ley imperativa:

1. La “teoría clásica que entiende que las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales”²⁰, esto conlleva que la ley debe interpretarse en tal sentido que delimite hasta donde llega orden público, que en ningún caso, este límite no puede quedar sin efecto a causa de un mero contrato privado.
2. A diferencia de la teoría clásica, la teoría de las leyes imperativas nos dice que la ley para el orden público deben estar expresamente tipificadas por el ordenamiento jurídico, por lo que no se podría alegar que un contrato es contrario al orden público si no hay ley clara que muestre la contrariedad del pacto.

En definitiva, no se puede saber con seguridad si un contrato es contrario al orden público al menos que un juez resuelva sobre el caso en base a una de

¹⁹ Anónimo (2021). *Definición de orden público*, Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible online en: <https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico> . Consultado en 27/012/2021.

²⁰ Anónimo (2021). *Orden público*, Wolters Kluwer. Disponible online en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjExMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgBELLJNQAAAA==WKE . Consultado en 27/02/2021.

estas teorías. Aunque parece obvio que si el concepto de orden público estuviera positivado entonces este sería “ley”, por lo que perdería efectividad jurídica la inclusión del “orden público” dentro del artículo como 1255 C.c como causa de pérdida de validez del contrato.

3.4.3. TEORÍAS SOBRE LA LEY APLICABLE EN CASO DE CONTROVERSIA

Sobre “*la celebración del contrato atípico o innominado supone estructurar un modelo contractual que no cuenta con una regulación supletoria ad hoc y es conveniente perfilar muy cuidadosamente las reglas o cláusulas contractuales para evitar imprevisiones en la ejecución efectiva del contrato*”²¹, por ello, han ido creando teorías para que en el caso de que un contrato atípico llegue a litigio existan una serie de normas a las que puedan ajustarse para dar lugar al litigio. Estas teorías, según la doctrina, son tres: La teoría de la absorción, la teoría de la combinación y teoría de la aplicación analógica.

1. La teoría de la absorción. Esta forma de resolución se basa identificar si un contrato atípico se compone de uno o varios contratos típicos, esta teoría se basa en identificar cual de dichos contratos típicos predominan encima de otro. Una vez establecida su predominancia, las normas de este contrato típico se emplearán para resolver el asunto.
2. La teoría de combinación. Aquí además de identificar que contratos ahí se busca que términos del contrato no son yuxtapuestos y se aplicaran las normas de ambos contratos en las partes que no se contradigan.
3. La teoría aplicación analógica. Aquí se busca identificar que partes del contrato tienen ciertas similitudes y extrapolar sus normas para la resolución de posibles conflictos judiciales. Hay que decir esta

²¹Anónimo. (2021). *Contrato típicos y atípicos*, Juspedia. Disponible online: [Juspedia.es/derecho-de-contratos/contenido-del-contrato/contratos-tipicos-y-atipicos-](https://www.juspedia.es/derecho-de-contratos/contenido-del-contrato/contratos-tipicos-y-atipicos-). Consultado en 27/02/2021.

extrapolación se fundamenta en el artículo 4 C.c.²²

3.5. CONTRATOS MIXTOS

Los contratos mixtos son ni más ni menos que un tipo de contrato atípico, en estos contratos “*coexisten prestaciones correspondientes a dos o más contratos diferentes*”²³ con el objetivo de crear un nuevo tipo de contrato que respondan a las necesidades contractuales. Ahora bien, en estos contratos deben designarse cual es “*la prestación principal o caracterizadora del contrato, debiendo fijarse, de forma previa, los criterios que otorguen preponderancia a una prestación respecto de las demás*”²⁴. Este sistema se estructura de esta forma ya que los contratos mixtos se interpretan por la teoría de la combinación (teoría explicada con anterioridad).

Otros aspectos destacables de los contratos mixtos es como se fundamenta bajo la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, en las que numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre estos contratos diciendo que contratos típicos constan de rigidez y que se encuentran “vacíos” ya que en ocasiones no logran plasmar la voluntad de los intervinientes en el pacto, por el contrario, los contratos mixtos son una solución para plasmar de forma más clara la voluntad de las partes contratantes, ajustándose así a lo dispuesto en los artículos 1281 y 1282 del C.c.

En base a lo todo dicho, señalo que en los contratos atípicos lo relevante no es la “atipicidad” en sí del propio contrato, ni el contenido individual de las figuras contractuales empleadas para crear un contrato sino lo que realmente es relevante es el conjunto en sí del contrato.

4. CONTRATO DE FACTORING

4.1. ANTECEDENTES

²² Sánchez, F. J. et al (2004). Ob. Cit. p.150.

²³ Vitoria, X. L. (2009). Los contratos mixtos. *Revista de administración pública*, (179), Madrid, p.143.

²⁴ Vitoria, X. L. (2009). Ob. Cit. P.144

El factoring es un tipo de contrato poco conocido que ha obtenido cierta relevancia a causa de los efectos jurídicos y económicos que provocan nuestro país, en especial, las empresas suelen beneficiarse del uso de estos contratos ya que gracias a este contrato consiguen liquidez para desarrollar su actividad empresarial.

Este contrato tiene un marcado origen Anglosajón, ya este nació dentro del Derecho Anglosajón y posteriormente fue desarrollado por sistema norteamericano de Derecho llegando a tomar relevancia en Europa a finales del siglo. XX ²⁵.

En lo que relaciona en España, este contrato comenzó a utilizarse en un principio a raíz de la crisis económica de los años sesenta que provocó una enorme falta de liquidez para el empresario, siendo este contrato una solución. Conforme fue transcurriendo los lustros, el factoring se ha asentado en nuestro tráfico jurídico empleándose en todas las dimensiones empresariales.²⁶

4.2. CONCEPTO Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL FACTORING

La palabra factoring puede definirse en castellano como “factoraje” y el factoraje es definido por la RAE como un *“contrato por el que uno de los empresarios contratantes, el proveedor, se obliga a ceder uno o varios contratante, el factor, respecto de los créditos cedidos, al menos una de las obligaciones siguientes: a) gestionar el cobro de los créditos; financiar al proveedor; asumir el riesgo de insolvencia de los deudores. Asimismo, el factor podrá asumir otras obligaciones tales como la llevanza de la contabilidad, realizar estudios de mercado o investigar y seleccionar la clientela”*²⁷. Esta definición se debe a que la construcción de este concepto se basa principalmente en lo

²⁵ Velasco, A. M. (1995). *El contrato de factoring*. Editorial Jurídica de Chile, p.10-11.

²⁶ González, J. A. G. C. (1989). El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros. *Anuario de derecho civil*, 42(2), 378.

²⁷ Anónimo (2021) *Factoraje*, Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible online: <https://dpej.rae.es/lema/factoraje>. Consultado en 05/03/2021

indicado en la doctrina ya que a nivel Jurisprudencial podemos observar dificultades a la hora definir el “factoring” por su carácter complejo como se extrae del contenido de las sentencias SAP Madrid, Secc. 19ª, de 25 junio de 2012 [JUR 2012, 294914] y SAP Tarragona 27 septiembre de 2000 [JUR 2001, 41325].

Sobre el carácter de este contrato, es clasificado como un contrato atípico como se puede deducir del contenido de la STS de 28 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2723]), además, en base todo lo mencionado se puede diferenciar una clara “confusión” sobre normas legales a las que los tribunales deben ajustarse para resolver controversias, de este contrato. Esta dificultad nace de que la única fuente aplicable a estos contratos, según profesor García-Cruces, son las de la “*tipicidad social*”²⁸, creadas por la costumbre (o usos de comercio) que envuelven a este contrato.

Al respecto de que sujetos pueden intervenir en el factoring hay que decir que la figura del cedente debe ser la una empresa que genere créditos comerciales, mientras que, la parte del factor debe recaer sobre una empresa constituida como E.F.C, Caja de Ahorros o Bancos para poder dar servicios de créditos.

4.3. FINALIDAD

Ya como hemos dicho, la finalidad que existente en el factoring es otorgar una financiación empresarial aplicando un método distinto a la tradicional financiación bancaria. En este caso, lo que se busca por parte del contratante es la búsqueda de seguridad respecto a sus cobros y un apoyo logístico para identificar el perfil de sus clientes objetivos.

Cuando hablamos de estas finalidades podríamos llegar a pensar que este contrato puede conllevar poca importancia, ya que las empresas pueden gestionar a cuanta propia sus cobros y tener un conocimiento sobre el mercado, no obstante, si nos paramos a ponderar la importancia de este contrato veremos que bastante alta. Esta relevancia se debe a la existencia de circunstancias como ostentar un alto volumen de créditos y sus debidas consecuencias como son los problemas para cuantificar y clasificar los créditos vencidos de forma rápida y eficiente, otra circunstancia es la dificultad de reclamar determinados

²⁸ García-Cruces González, J.A. (2017), *Contrato Mercantil 6d*, Thomson Reuters, Capítulo VI. Madrid.

créditos para los cuales es necesario acudir a vía judicial o averiguaciones sobre los datos del deudor para reclamar su pago.

Por ello todo ello, es lógico que las empresas depositen su confianza en empresas especializadas en la gestión de cobros, ya que presentan experiencia en los aspectos jurídicos y empresariales sobre el cobro de créditos además de disponer de mecanismos para poder reclamar el cobro por vía judicial y vía extrajudicial en caso de impago.²⁹

4.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE FACTORING

4.4.1. CESIÓN DE CRÉDITOS

4.4.1.1 RELEVANTES Y REGULACIÓN LEGAL

Hay que entender que por cesión de créditos como *“la enajenación que del crédito hace el acreedor o cedente y la adquisición del mismo que se lleva a cabo por parte del cesionario.”*³⁰

En el Derecho Español la cesión de créditos a terceros es una práctica legal y habitual, y la encuentra legislada en el artículo 1112 C.c. que expone que *“todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se pactado lo contrario”* (art.1112 C.c). Al respecto de las excepciones sobre la transmisibilidad de los créditos, estas son el derecho a alimentos (art.151 C.c.) y los que poseen por motivo de un cargo en relación al artículo 1459 C.c.

Por último, no debemos entender a la cesión de créditos como un contrato en sí, ya que este se erige como un mero “pacto” que se introduce en la formula contractual que se incluye dentro de los contratos atípicos y típicos, y que cuya finalidad de la cesión se basa en una finalidad de “cobro”.

4.4.1.1. CESIÓN GLOBAL DE CREDITOS FUTUROS

²⁹ González, J. A. G. C. (2017). Ob. Cit, p.378.

³⁰ González, J. A. G. C. (2017). Ob. Cit, p.381.

La cesión global de créditos futuros representa un paradigma complejo, ya que en este mecanismo se realiza una cesión global (de todos los créditos pendiente de pago a nombre del titular) y futura (de todos los que estén por llegar) de los créditos de la empresa, la cual ha generado controversia sobre su licitud.

Cesión de crédito futuros

Para estimar la validez de un contrato con objeto futuro hay que remitirse al artículo 1271 C.c , en este artículo dispone que será la valido la contratación futura cuando el objeto pueda llegar a existir en un futuro, en este caso, será válido cuando los créditos sean determinables ³¹. Por supuesto, esta cesión de créditos futuros no solo se limita a una mera posibilidad de que se le otorguen créditos, sino que va acompañada de la necesidad de que la parte contratante tome una actitud activa para generar créditos en el futuro. La creación de créditos futuros es relevante para la parte contratada ya que en ocasiones el pago que reciben por sus servicios depende de un porcentaje de los cobros “despachados” que hayan realizado.

Además, aunque parezca obvio, la cesión de cobros solo puede recaer sobre créditos que tenga un origen lícito, es decir, que a la hora de gestionar los cobros la empresa quedara exenta de despachar deudas de origen ilícito, ya que estas deudas no entran dentro del objeto del contrato. Ahora bien, la parte responsable de la comprobación de la legalidad de los créditos recae sobre el titular según los términos del artículo 1532 C.c.

Cesión global de créditos

La cesión de totalidad de los créditos es algo perfectamente legal ya está cumple con “*los requisitos de licitud, posibilidad y determinación*” ³², sin embargo, existe un argumento con mucho más peso que se encuentra regulado en el ya mencionado artículo 1532 C.c en el que admite la transmisión general de estos. Pese a lo dicho, cuando el contrato de factoring tenga un origen mercantil se exigirá, además de esto, que cumpla con las normas mercantiles de transmisión créditos (art. 347 y 348 C. Com).

³¹ Sánchez, F.J., et al. (2014) Ob. Cit, p. 57.

³² González, J. A. G. C. (2017) Ob. Cit, p.396.

4.4.1.2. LA EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN

En el contrato de factoring la cesión de crédito tiene una finalidad de cobro, sin embargo, en ocasiones no se puede llevar a cabo la efectividad del cobro hacia los deudores. Esto se debe a que nuestro ordenamiento jurídico cuando se realiza una cesión de créditos a un tercero se exige que se realice una debida notificación a los deudores ³³, así como indica el artículo 1526 del C.c en el que se dice que *“la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227”* (1526 del C.c).

En lo que refiere a esta notificación, en la práctica no es necesario indicar expresamente que hay una “cesión del crédito” sino el mero hecho de que se ha celebrado el contrato de factoring entre ambas empresas. Además, lo que respecta a la notificación, se entiende que el deudor tiene conocimiento sobre la cesión desde que *“la misma le sea notificada o tenga conocimiento de ella (es decir, que hasta ese momento sigue siendo deudor del cedente)”*. ³⁴

Por último, hay que decir aquellas personas que aun no conociendo la notificación del contrato de factoring haya saldado su deuda con la parte que originalmente era titular del crédito se entenderá como liberado de cualquier obligación frente a la empresa de factoraje como así lo indica el artículo 1527 C.c.

4.4.2 FUNCIONES DE CONTABILIDAD

La contabilidad según la AICPA es una actividad de servicio que dirige su función a proporcionar información cuantitativa de carácter financiero y no financiero. Por ende, a la hora de hablar de fundamentos legales de la llevanza de la contabilidad debemos dividirla en dos elementos: el elemento contractual y el elemento de contabilidad legal.

Con este elemento contractual hago referencia a la obligación simple que existe entre el cedente y el factor de llevar la contabilidad respecto a los créditos reclamados. Respecto a la legalidad de este aspecto contractual debemos entenderlo como parte de un servicio

³³ González, J. A. G. C (2017). Ob. Cit, p.388.

³⁴ Prieto, A. F. P. (1988). Cesión de créditos. *Anuario de derecho civil*, 41(4), Madrid, p.1065.

incluido en el del contrato el cuál reposara su validez sobre las normas generales de contratación y el principio de autonomía de las partes.

Al respecto del elemento de la contabilidad legal, quiero señalar que en relación al artículo 25.2 del C.com la llevanza de las labores contables por un tercero es validada, no obstante, el tercero dentro de sus funciones debe remitir en tiempo y en forma la llevanza de la contabilidad a la empresa cedente. Estas exigencias de tiempo y forma se ajustarán siempre a los términos de forma dispuestos en la el Plan General de Contabilidad y la sección III del Código de Comercio, además, tienen la obligación remitir la contabilidad dentro de los periodos de presentación del “periodo contable” para que el empresario pueda responder de sus obligaciones contables pertinentes sin perjuicio, que, además, le remitan otros datos de carácter contable fuera de dichos plazos.³⁵

4.4.3. FUNCIÓN DE FINANCIACIÓN Y ANTICIPO DE CREDITOS

Como hemos indicado antes, los sujetos intervinientes como figura de Factor son los Bancos, Cajas de Ahorro y E.T.C. Sobre los bancos los Bancos y Cajas de ahorros se encuentran regulados dentro de la Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de créditos mientras que las E.T.C se encuentran reguladas en el apartado II de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Aparte de estas leyes son aplicables otras leyes referentes al crédito tanto a nivel nacional como internacional.

El único motivo por el cual clasificamos a entidades de factoring dentro de una de estas figuras se basa en que España para desarrollar actividades relacionadas con el crédito y la financiación es necesario que la entidad de gestión de crédito se encuentre regulada por alguna ley que la autorice para desarrollar esta actividad. En lo que respecta al tratamiento de los créditos debo indicar que en ambas leyes se tratan de forma distinta, sin embargo, ambas leyes permiten financiación empresarial, la cual se realiza para asegurar el cobro de los créditos y obtener anticipos de los mismos.

³⁵ Anónimo. (2021). *Normativa Contable del Factoring*, Asociación Nacional de Factoring. Disponible online en: <https://www.factoringasociacion.com/factoring/normativa-contable-del-factoring/1188>. Consultado en 10/04/2021.

Los anticipos dentro del factoring son el pago adelantado de un crédito que no aún no se encuentra vencido y que aún no está obligado el factor a efectuar, pero, sin embargo, este se compromete a adelantar a la empresa cedente como un método de financiación en el cuál se va a cobrar una serie de interés, los cuales, no deberán ser “abusivos” y ajustarse a los límites que puedan crearse dentro de la costumbre y en la jurisprudencia ya que no existe una ley que regule dichas tasas. Por último, debo indicar que esta faceta de anticipo de pagos tiene similitudes con el contrato de confirming por lo que podrían aplicarse de forma análoga términos de este contrato al anticipo por parte del factor.³⁶

4.5. FUNCIONAMIENTO Y TIPOS DE CONTRATOS DE FACTORING

4.5.1. FUNCIONES

Su funcionamiento se basa en la cesión del “factor” por parte del contratante hacia la parte contratada en donde se ceden créditos pendientes de cobro. La parte contratante puede ceder la totalidad de los créditos actuales y futuros para que el factor se encargue de gestionar los cobros y entregándoselos a esté. Por esta labor, la empresa de factor se lleva una contraprestación económica en la que usualmente a través de un sistema de compensación, es decir, que se cobran un porcentaje de los créditos recaudado.

Cuando la empresa de factoring no logra recaudar los créditos pendientes estos se hacen responsables del pago en la posición del deudor garantizando el crédito, e incluso, pueden realizar préstamos a la empresa. Aparte de esto, se suelen incluir aspectos contractuales extramatrimoniales, ya que en ocasiones realizan funciones de contabilidad y estadísticas para la empresa. De esta forma, la empresa factor se atribuyen funciones más similares a las de un órgano externo de gestión que a las de una mera función de financiación.

Ahora bien, todos los contratos de factoring no cumplen esta triple función (función de gestión, financiación e información) ya que depende del tipo de contrato de factoring que se firme, o bien, puede que, si cumplan con estas funciones, pero debe añadirseles determinados matices.

³⁶ Caballenas-Becerra, F. I. (2014). *El Contrato de Confirming en el tráfico mercantil de 2014*, UNIRED, Bucaramanga.

4.5. 2. CLASES DE CONTRATOS DE FACTORING

En lo que refiere al tipo de contrato de factoring se dividen en cinco categorías: 1) En atención al riesgo del factor. 2) En atención al momento de pago. 3) Por la forma de financiación. 4) Por razones geográficas y de nacionalidad. 5) Factoring compartido.³⁷

- 1) El riesgo asume el factoring representa el posible impago, por ende, se distingue dos tipos de contratos en atención al riesgo que se decide asumir, siendo estos el factoring sin recursos y con recursos.

En lo relativo al factoring sin recursos es donde “*las empresas dejan de tener riesgo de impago de las facturas cedidas. Es decir, en el factoring sin recurso, el factor solo puede reclamar la deuda al deudor y no al cedente de la operación.*”

³⁸. Es decir, la empresa de factoring responde ante la insolvencia de los deudores y los impagos.

Respecto al factoring con recursos se muestra contrario a las características úsales del factoring expuesta en este trabajo, esto se debe a que lo opuesto al factoring sin recurso ya que en una posible circunstancia de imposibilidad de cobro del crédito por parte de la empresa de facto el riesgo recae directamente en la parte cedente.³⁹

- 2) Cuando hablamos del momento de pago se pueden distinguir tres distintas modalidades, las cuales son el factoring de pago con fecha límite, pago al cobro y factoring con pago de vencimiento. Estos tipos de factoring no poseen ningún tipo de complejidad ya que sus nombres se ajustan a su funcionamiento. En el primero se realizarían los pagos en las fechas acordadas, en la segunda el pago no se

³⁷ Anónimo (2021). *Contrato de factoring*, Wolterkluwer. Disponible online en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJAwTLtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAtsfCKDUAAAA=WKE. Consultado en 06/03/2021.

³⁸ Coll Morales, F. (2021). *Factoring sin recurso*. Economipedia. Disponible online en: <https://economipedia.com/definiciones/factoring-sin-recurso.html>. Consultado en 06/03/2021.

³⁹ Feliu, N. (2021). *Tipos de factoring financiero*, Nubox. Disponible online: <https://blog.nubox.com/empresas/ tipos-de-factoring>. Consultado 06/03/2021.

efectuaría hasta que el deudor no haya pagado los créditos el deudor y en la tercera se realiza el pago en momento de vencimiento de los créditos.

- 3) Sobre el sistema de financiación debemos indicar que se realizaran atendiendo si se ha acordado con la empresa de factor incluir o no anticipos de los créditos cedidos, creado de esta forma el factoring sin anticipo y con anticipo. En el caso del factoring con anticipos la empresa de factor puede incluir un porcentaje intereses de dicho anticipo.
- 4) En consecuencia, geografía y nacionalidad también existen tipos de contratos distintos. El primero es el factoring nacional o regional, significa que los créditos que se van encargar de recoger son los que se encuentran en un ámbito nacional. Cuando los créditos son procedentes de varios Estados o de zonas geográficas equidistantes se dice que existe un contrato de factoring internacional.
- 5) Cuando se firma un contrato de factoring esté no vincula a la empresa de forma única y exclusiva con la empresa de factor pudiendo así contratar a otras empresas de factoring salvo que haya acordado ceder la totalidad de los créditos futuros por tiempo ilimitado. Ahora bien, si se podrá contratar a otra empresa de factor cuando habiendo cedido la totalidad de los créditos futuros la empresa de factor de su consentimiento para introducir a una segunda empresa de factor con el objetivo de ayudar a la gestión de los cobros, a esto se le denomina contrato de factoring compartido. Este tipo factoring también se puede realizar incluso cuando se haya cedido únicamente una parte de los créditos.

4.6. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

Como ya se hemos indicado la empresa que contrata el servicio de factoring al ceder los créditos debe verificar los créditos están vencidos y son exigibles de los créditos, este tipo de responsabilidad es denominada “responsabilidad veritas nominis” y se ubica en el artículo 1529. 1º C.c. En cuanto decimos que debe ser “real” lo que realmente decimos es que los créditos deben ser exigibles (es decir, que sean vigentes) y lo referente a la legalidad es un asunto que ya hemos tratado con anterioridad cuando nos referíamos a la cesión de créditos.

En el caso de que se hubieran entregado con mala fe estos créditos con conocimiento que les falta uno de estos requisitos cabría una indemnización por daños y perjuicios.⁴⁰

Otro tipo de responsabilidad existente es la responsabilidad “ex bonitas nominis”, la cual es una de las principales causas por las que se decide realizar este contrato. Esta responsabilidad es una garantía que da la empresa de factoring ya que esta se compromete a reclamar los pagos cuando estos se encuentren vencidos, y en caso de no puedan recaudar el pago se comprometen responsabilizarte de una forma subsidiaria frente deudor, es decir, que si el deudor no paga a la empresa de factor responderá por el deudor (con indiferencia que posteriormente acabe respondiendo el deudor o no ante la empresa).

La última responsabilidad sería la responsabilidad simple, es decir, la responsabilidad que cabría por incumplir el contenido del contrato o los daños producidos dentro de la relación contractual, por ejemplo, como puede ser el impago o el retraso de cuotas. A la hora exigir estas responsabilidades solo es necesario acudir a las normas generales de contratación (tanto mercantiles como civiles) en conjunto al contenido del propio contrato en materia de responsabilidad.

4.7. TRATAMIENTO INTERNACIONAL DEL FACTORING

El factoring dentro del ámbito internacional tiene su base en la costumbre construida por los comerciantes en la práctica diaria y en las normativas relativas a la contratación a nivel internacional, sin embargo, existe un Convenio firmado en Ottawa 1988 creado por UNIDOIT⁴¹ en la que

40 García Cantero, G. “artículos 1529 al 1530” vlex. Disponible online en:<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulos-1-257157>. Consultado. 06/03/2021.

⁴¹ Calleja García, D. (2017). El Contrato de Factoring y la prenda de créditos futuros en sede concursal. Universitat Jaume I, p.5.

participaron diez Estados. Este tratado se encuentra firmado por diecinueve Estados e incluye normas de aspecto general sobre la contratación del factoring. Este convenio no se encuentra firmado por España, pero de igual forma las empresas españolas pueden someterse voluntariamente a los aspectos de este convenio.

Dentro de este convenio se estima que para sea aplicable parte este convenio es necesario que existan las dos partes (cedente y el favor) y que pacten como mínimo dos de las siguientes:

*“- financiación para el proveedor, incluidos préstamos y anticipos;
- mantenimiento de cuentas (contabilidad) relacionadas con las cuentas por cobrar;
- cobro de cuentas por cobrar;
- protección contra el incumplimiento de pago por parte de los deudores” (Art.1, Unidroit convention on internacional factoring)*

Uno del aspecto más relevante de este convenio se encuentra en su capítulo II sobre derechos y obligaciones ya que incluye aspecto como una interpretación más abiertas del contrato en favor de los contratantes, como otros aspectos que buscan la efectividad y enumera diversas respuestas frente al incumplimiento o reclamación frente a las partes.

Otro aspecto de los aspectos interesantes que introduce el convenio es el tratamiento del elemento internacional en relación al convenio, ya que esta introduce cláusulas que permiten excluir determinadas disposiciones del convenio por el acuerdo de las partes.

5. NEGOCIO FIDUCIARIO

5.1. ANTECEDENTES

5.1.1 TRAYECTORIA HISTORICA

En la actualidad el negocio fiduciario se encuentra rodeado de grandes críticas y polémicas por parte de la doctrina, pero para entender como hemos llegado a este nivel de desacuerdo frente a esta figura es necesario entender los antecedentes históricos.

La primera vez que esta figura aparece en la historia fue dentro del Derecho Romano, la cual muestran diferencias con la actual fiducia. En Derecho Romano, *“el negocio basado en la fiducia –consiste en una transmisión de la propiedad por mancipatio o in iure cessio–, pero que desde el punto de vista económico sólo daba al adquirente una seguridad para el crédito –fiducia cum creditore– o una posibilidad de administración libre y segura de la cosa confiada –fiducia cum amico–: el adquirente devenía propietario quedando obligado a devolver la cosa tras la extinción de la deuda o de la administración”*⁴². Es decir, que realmente ocurría en esta figura era un doble negocio jurídico en el que se junta un derecho real conjuntamente a la imposición de un contenido obligacional.

Sobre la fiducia cum creditore hay que decir que incurría en muchas ocasiones como método para crear un pacto comisorio el cuál era legal en Roma hasta que con el Digesto de Justiniano (D.20, 1, 16, 9) se prohíbe el pacto comisorio de forma tácita al expresar como se debe constituir y hacer efectiva la garantía. Más tarde se aceptó la fiducia cum creditore en el Derecho Medieval dentro las partidas en su libro V.

Por último, en la edad contemporánea se hicieron varios anteproyectos que colocaban el pacto comisorio dentro de la fiducia cum creditore como una figura tácitamente prohibida hasta que en la actualidad queda más clara dicha prohibición por el contenido del artículo 1859.⁴³

5.1.2. ORIGEN DE LA PALABRA FIDUCIA

La palabra fiducia provenía de la locución latina “fides” la cual ha determinado una cierta relevancia dentro del Derecho Romano ya que representa un principio moral muy ligado a la religión. Esta moralidad del termino se debe a

⁴² Callagan Muñoz, O. (2004). *Compendio de Derecho civil*, Edersa, Madrid, p. 181.

⁴³ Tudela Chordá, S. (2015). La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore. *RUNED: revista de derecho, UNED*, Madrid, p. 32-38

aquel latinismo se vincula con la palabra “dea” (dios), empleándose así la expresión “deus fides” como una forma de juramento ante los dioses de que se va cumplir una promesa o un compromiso, pero también, tiene significado de garantía ya que se asegura de alguna forma la promesa. De esta forma, el término “fides” se terminó usando para crear, entre otras, la palabra fiduciae que en castellano se traduce como fiducia.⁴⁴

5.2. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA FIDUCIA

El negocio fiduciario debe entenderse como la *“atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista”*⁴⁵. Si bien este negocio es definido de esta forma el concepto adquiere ciertos matices cuando hablamos de sus dos vertientes, como son la fiducia cum creditore y la fiducia cum amico, de las cuales poseen los siguientes aspectos

- La fiducia cum creditore es aquella modalidad en la que el fiduciante actúa transmitiendo la plena propiedad de un bien como un método de garantizar el pago frente al fiduciario, de esta forma, el fiduciario queda obligado a restituir el bien que se le había entregado cuando haya cumplido con la obligación.⁴⁶
- Respecto a la fiducia cum amico la doctrina no da una descripción uniforme del funcionamiento de este negocio por lo que hay que acudir a la jurisprudencia para establecer sus términos. Al respecto del funcionamiento este se encuentra plasmado dentro de una STS en la que se dice que: *“el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero –beneficiario–, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose*

⁴⁴ Arrubla Paucar, J. A. (2013). Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía. Universidad de Salamanca. Salamanca, pp.1-5.

⁴⁵ STS de 5 marzo de 2001. [RJ 2001, 3972].

⁴⁶ Tudela Chordà, S. (2015). Ob. Cit, p.42-46.

precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la fiducia "cum amico" la forma pura o genuina del negocio fiduciario”⁴⁷.

Como podemos extraer de estas descripciones queda plasmado que el negocio fiduciario ostenta una doble función, la función económica y de garantía, que son el núcleo esencial de este negocio.

Hay que decir existe una función económica debido a varios factores entre los que se encuentra la propia definición de la palabra fiducia y la confianza que depositan las personas ya que el propio mecanismo de la fiducia hace que el *“fiduciario queda en manos del fiduciario, al punto que de que si este quiere defraudarlo, puede perfectamente hacerlo”⁴⁸*. Además de esto, el carácter económico se debe su versatilidad ya que este permite realizar negocios en el subyace un contenido o interés económico entre los que se destaca su uso:

“a) para conferir, de modo particularmente eficaz, un encargo al fiduciario; b) o bien, para facilitarle el ejercicio o la ulterior transferencia de un derecho; c) o bien, para procurarle la más fácil satisfacción de un derecho de crédito (por ejemplo que nace ex mutuo) (se le transfiere un bien, en lugar de constituirle una garantía real por suministro de dinero recibido: la llamada fiducia cum creditore o negocio fiduciario de garantía); d) o bien igualmente, para confiarle la custodia y la disponibilidad de bienes a través de la transferencia de la propiedad de ellos, con el acuerdo de que el fiduciario debe hacer el uso de esos bienes prescritos por el fiduciante; e) o bien, para eludir prohibiciones de ley; f) o bien, para obviar la incapacidad legal de recibir bienes; g) o bien, para “poner al seguro” bienes (denominada fiducia cum amico, o negocio fiduciario de custodia, o de administración); h) o, finalmente, para sustraer bienes a los derechos de los acreedores”⁴⁹

Sobre el carácter de garantía del negocio fiduciario no hay más que decir que el propio funcionamiento de la fiducia crea un mecanismo ágil para garantizar el pago del deudor

⁴⁷ STS de 23 de junio de 2006 [EDJ 2006/105588], (11102/2005) La Ley.

⁴⁸ Arrubla Paucar, J. A. (2013). Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía. *Universidad de Salamanca*. Salamanca, p.134-125.

⁴⁹ Messneo, F. (1971). *Derecho Civil y Comercial*, Tomo II. E. J. E.A. Buenos Aires. P. 453.

además de cierta versatilidad en la forma de garantizar el pago. Debemos entender que al transmitirle la propia propiedad o la posesión del bien como garantía hace que sea bastante accesible garantizar el pago, hasta el punto que sería relativamente fácil abusar de esta posición beneficiosa.

5.3. FUNCIONAMIENTO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

5.3.1. LAS PARTES INTERVENIENTES EN LA OPERACIÓN FIDUCIARIA.

Existen tres partes que pueden intervenir el negocio fiduciario siendo estas las siguientes:

1. Fiduciante o fideicomitente. Es aquella persona física o jurídica que se encuentra interesada en dejar a cargo un bien para que este sea gestionado.
2. Fiduciario. Para esta figura es la encargada de administrar el bien, y además, esta es puede ser una persona física o jurídica aunque existe parte de la doctrina que delimita que parte solo puede ser las entidades de crédito que se ajusten a la leyes Estatales.
3. Fideicomisario o beneficiario. El beneficiario es aquella que se beneficia a causa del funcionamiento de la fiducia.⁵⁰

Hay que incluir que se admite la representación en este negocio de forma tanto directa como indirecta.

5.3.2. REQUISITOS PARA CONSTITUIR EL NEGOCIO FIDUCIARIO

Sobre los requisitos necesarios para la validez del negocio fiduciario, en primera instancia, no es muy distinto a la de cualquier contrato ya que deben concurrir con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa.⁵¹

5.3.2.1. CAPACIDAD

Lo que respecta al requisito de capacidad hay que destacar que esta dependerá

⁵⁰ Arrubla Paucar, J. A. (2013). Ob. Cit. p.141.

⁵¹ Arrubla Paucar, J. A. (2013). Ob. Cit. p.161.

de la parte interviniente en el negocio fiduciario siendo estas las siguientes:

- La capacidad en la parte fiduciante es necesario que esté sea titular de los objetos o derechos que sean parte de la fiducia, aunque cabe destacar que es necesario que cumpla con los requisitos de capacidad esenciales para la contratación (ser mayor de edad, no estar incapacitado judicialmente, etc.)
- Sobre el fiduciario este debe tener la capacidad de poder gestionar, administrar, disponer de bienes.
- En lo que respecta al beneficiario la doctrina da un campo más amplio para tener capacidad dentro del negocio jurídico ya que incluso se discute la posibilidad de que los incapaces pueden actuar dentro de esta figura.

5.3.2.2. EL CONSENTIMIENTO

Como recoge el artículo 1261 C.c el consentimiento es uno de los requisitos esenciales del contrato que en este caso se otorga de forma contractual o de forma solemne conforme a los requisitos estipulados en nuestro Código Civil como a las respectivas legislaciones completarías.

5.3.2.3. OBJETO

Como hemos dicho con anterioridad, el objeto del negocio fiduciario no es ni más ni menos que bienes o derechos que posean un carácter económico, pero a esto a que añadirle que el objeto debe tener un carácter lícito como indica el art. 1271 C.c. Esta apreciación es importante ya que el negocio fiduciario está lleno de controversias, y entre ellas, pueden girar sobre el origen de la licitud del objeto del contrato.

5.3.2.4. CAUSA FIDUCIAE

La causa fiduciae del negocio fiduciario se presenta de una manera bastante compleja, esto se debe a que otras figuras contractuales se puede identificar

única causa o una causa fácilmente identificable. Mientras tanto, la causa del negocio fiduciario se erige diferente a estos, ya que presenta una dualidad de causas: La causa real en la transmisión de la propiedad y la causa relativa al negocio contractual.

Frente esta doble naturaleza, el profesor Cámara Lapuente indica que una vez se obtiene el fin pactado *“surge por el carácter transitorio o temporal de la causa fiduciae, que limita personalmente la facultad de disposición del fiduciario; pero no existe duplicidad negocial sino un único negocio causa”*⁵², dicha causa única es calificada por la doctrina como “causa fiduciae” sobre la cual existen tres teorías: La causa del contrato, la causa de la atribución patrimonial y la causa de la obligación.

1. El negocio fiduciario como causa del contrato es una teoría tratada por el profesor De Castro sobre la cual se *“identifica con la finalidad de mandato o de garantía, observables el pacto fiduciario obligacional, que constituyen la causa de ese negocio complejo que se llama negocio fiduciario.”*⁵³
2. La causa fiduciae como la como la causa de atribución patrimonial hay que decir que esta ubica la causa dentro un negocio real de transmisión de la propiedad de forma no contractual que se sustenta en lo dispuesto en el artículo 1901 C.c Esto se debe a que se fija como una garantía de pago para la transmisión de la propiedad, haciendo que de esta forma, la propiedad quede limitada de forma temporal.⁵⁴
3. Al tenor de la causa de la obligación como “causa fiduciae” encontramos que esta es una causa atípica que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1274 C.c, esta funciona de tal forma que busca dar la

⁵² Lapuente, S. C. (1999). Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 75(654), Madrid, p.1773.

⁵³ Arrubla Pacuar, J. (2013). Ob. Cit. p. 182.

⁵⁴ León, A. M. (2013). Negocios fiduciarios y usucapión. *Anuario de derecho civil*, 66(3), Madrid, p.1179.

finalidad buscada en el negocio fiduciario y devolver la garantía llegado el momento.

Ahora bien, con independencia de cuál sea la teoría sobre la causa del negocio jurídico lo que está bastante claro por la jurisprudencia es que el negocio fiduciario no puede tener una causa ilícita, o que bien, la causa sea simular a un contrato para eludir obligaciones legales como pueden ser las tributarias.

Causa cum amico y causa cum creditore

Para entender la causa cum creditore hay que atender al hilo jurisprudencial que nos deja el tribunal Supremo a través de sus sentencias algunas sentencias como la STS de 30 de 2008, que vienen a configurar que la causa *“no es propiamente la transmisión de la propiedad sino el afianzamiento de la deuda”*⁵⁵, por ello, no se puede entender a que exista otras causas que no sean está como puede ser el pacto comisorio.

En lo que refiere a la fiducia cum amico hasta hace poco tiempo se encontraba en controversia en la jurisprudencia hasta que la Audiencia Provincial de Madrid realizó un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de marzo de 2013 que identifica que la causa es lícita y que esta es clasificada como una causa de representación o administración.⁵⁶

5.3.3. CAUSAS DE EXTINCIÓN

Sobre las causas de extinción de los negocios fiduciarios hay que destacar que estas dependerán del tipo negocio fiduciario (cum amico o cum creditore) ante el que estemos.

Sabiendo esto, podemos indicar que las causas de extinción de la fiducia cum creditore ocurre cuando se cumple la obligación pactada o se decide condonar

⁵⁵ Tudela Chordá, S. (2015), Ob. Cit. p.159.

⁵⁶ Tudela Chordá, S. (2015). Ob. Cit. p.162.

la deuda.

En el caso de la fiducia cum amico puede darse por distintas circunstancias, entre ellas: La muerte, el cumplimiento de la obligación, la revocación, la renuncia, la quiebra (o insolvencia) de alguna de las partes, la incapacitación y la declaración de prodigalidad.⁵⁷

5.4. PROBLEMÁTICAS DEL CONTRATO FIDUCIARIO

Tras apreciar la dinámica del contrato Fiduciario puedo destacar tres problemáticas esenciales en relación al negocio fiduciario; la simulación fiduciaria, el Fraude fiscal a través del negocio fiduciario y la prohibición del pacto comisorio.

5.4.1. LA SIMULACIÓN FIDUCIARIA

Para hablar de simulación fiduciaria en primer lugar debemos entender que significa realizar una “simulación”, para esto podemos acudir a la definición hecha por el profesor Ferrara, el lo define como una *“declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”*⁵⁸. Otra definición válida sería la realizada por el Magistrado O’ Callaghan en la que distingue entre la simulación absoluta y relativa diciendo que *“si carece de causa será simulación absoluta; si tiene una distinta, será simulación relativa. La primera producirá un negocio jurídico inexistente, por falta de causa, elemento esencial, y la segunda dará lugar a la validez del negocio jurídico disimulado, siempre que éste tenga los elementos esenciales del mismo”*⁵⁹

Sobre esta interpretación del negocio fiduciario doctrinal la STS de 28 de marzo de 1946 se pronunciaron que diciendo que se encontraba *“muy lejos de implicar*

⁵⁷ Tudela Chordá, S. (2015). Ob. Cit. p.296.

⁵⁸ Ferrara, F. (1961). *La simulación de los negocios jurídicos*, Edersa, Madrid, p. 173.

⁵⁹ O’Callaghan Muñoz, X. (2018). *Negocio jurídico fiduciario vs. Simulado*, La Ley 7834/2018, laleydigital, p. 2. Disponible online en: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>. Consultado en 30/03/2021.

doctrinalmente un supuesto de simulación absoluta o relativa”⁶⁰. En la actualidad, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el negocio fiduciario es un negocio disimulado (véase la figura I).

Ahora bien, el problema real con la simulación se encuentra en la práctica jurídica ya que gracias a su gran complejidad es difícil determinar el contenido real del contrato a causa de ese “velo jurídico”, y más difícil aún es determinar si lo que hay de tras de velo es una simulación absoluta o relativa sin que cumpla los elementos esenciales de la misma, o lo que realmente subyace es un negocio valido.

Figura I. Negocios jurídicos anómalos: Simulación, negocio fiduciario, negocio en fraude.

SIMULACIÓN	
Requisitos	1. Divergencia deliberada entre la voluntad y su manifestación 2. Acuerdo simulatorio entre las partes 3. Fin de engaño a los terceros ajenos al acto (≠ intención de dañar)
Clases	SIMULACIÓN ABSOLUTA • El negocio aparente encubre <i>la falta total de propósito negocial</i> • RÉGIMEN JURÍDICO (art. 1275 CC): ➢ <i>Negocio simulado</i>: Nulo por carecer de causa
Clases	SIMULACIÓN RELATIVA • El negocio aparente encubre <i>un propósito negocial distinto del declarado</i> • RÉGIMEN JURÍDICO (art. 1276 CC): ➢ <i>Negocio simulado</i>: Nulo por causa falsa ➢ <i>Negocio disimulado</i>: Válido si se probase que está fundado en una causa verdadera y lícita y que reúne los demás requisitos de validez del negocio de que se trate

Fuente: Tomo XXXIV. Esquemas de Derecho Civil I, Parte General 3ª Edición, 2017.

5.4.2. FRAUDE FISCAL MEDIANTE EL USO DE CONTRATOS FIDUCIARIOS.

Cuando hablamos del ámbito tributario tenemos que saber que el “hecho imponible” es un “*presupuesto fijado en las leyes para configurar cada tributo, que define la capacidad económica sometida a gravamen y cuya realización supone el nacimiento de la obligación tributaria*” (art.20.1 LGT). La importancia que se destaque este término se debe a que la realización de un contrato privado puede poner de manifestó la capacidad económica de las partes (ya sea de forma directa o indirecta) dando lugar al nacimiento de una

⁶⁰ STS de 28 de enero de 1946 [ECLI:ES:TS: 1946:612].

obligación tributaria conforme a un tributo existente, como, por ejemplo, el IVA o el IBI en el contrato de compraventa de bienes inmuebles.

Tras este breve resumen cabe preguntarse qué tiene que ver el negocio fiduciario con el fraude fiscal, pues bien, como hemos dicho el negocio fiduciario existe un negocio disimulado por otro. Esta disimulación genera un gran problema para los sujetos del el negocio fiduciario ya que, como según indica el profesor Báez, *“quien celebra un negocio fiduciario sólo puede estar absolutamente seguro de una cosa: desconocer por completo cuáles puedan ser sus consecuencias fiscales.”*⁶¹

Ante estas circunstancias de desconocimiento, como cabe esperar, es bastante difícil que el sujeto cumpla con sus obligaciones tributarias si este primeramente desconoce los efectos fiscales de este negocio. Otro tema muy distinto es cuando los sujetos conocen este hecho, pero por algún motivo estos no hacen frente esas obligaciones, y que incluso, hayan creado el contrato con la finalidad de eludir la creación de un hecho imponible.

Cuando más avanzamos en este tema sigue existiendo una complejidad aún mayor, ya que primeramente hay que aclarar tres términos: Simulación contractual, simulación tributaria y economía de opción.

Sobre la economía de opción hay que entender que la jurisprudencia lo define como *“una posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las cosas”*⁶². La simulación tributaria a diferencia de la economía de opción es la creación de una apariencia jurídica falsa para obtener una ventaja fiscal o evitar la creación de un hecho imponible. Por último, la simulación contractual se dirige a crear una apariencia jurídica falsa a la que realmente existe con el objetivo de engañar a un tercero. Por todo lo dicho,

⁶¹ Báez Moreno, A. (2009). *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre le renta*. Aranzadi, Pamplona, p.60.

⁶² STC de 14 de febrero de 2000, [ECLI:ES:TC:2000:46].

cuando el engaño vaya dirigido a ente privado estaremos hablando de simulación contractual mientras que cuando vaya dirigido a engañar a la Hacienda Pública esta será una simulación tributaria.⁶³

Una vez aclarado estos conceptos podemos afirmar que la mera simulación civil o el empleo de la economía de opción dentro del negocio fiduciario no suponen un problema por sí mismo para la AEAT ya que no son contrarias a Derecho Tributario. Ahora bien, lo que realmente genera un problema es la simulación tributaria, esto se debe a que si esta simulación es expuesta ante la AEAT se procedería a notificar al fiduciario o el fiduciante que tendrían que hacer frente a una posible sanción, conjuntamente con el pago del verdadero hecho imponible junto a los posibles intereses de demora de los mismos.

El hecho de identificar este tipo de fraude representa un verdadero desafío para AEAT, esencialmente por dos motivos. El primero de ellos sería “levantar el velo” de un negocio fiduciario para poder revelar que lo que subyace es un contrato disimulado, una vez determinado esto debemos pasar a la segunda problemática la cual sería determina si se buscaba o no engañar a la AEAT con la finalidad de eludir un hecho imponible en concreto o si primeramente existe un hecho imponible aplicable a dicha situación. Por ello, a efectos de inspección implica que el inspector encargado asignado para la revisión de este negocio tenga que realizar deberes de averiguación complejos y deba poseer un gran conocimiento jurídico en estos ámbitos.

5.4.3. PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

La prohibición del pacto comisorio es un tema que ha sido tratado por siglos en nuestro sistema jurídico desde la época romana hasta la actualidad. Este pacto a día de hoy puede entenderse como una herramienta que *“otorga al acreedor la facultad de hacer suyo el bien dado en garantía por el deudor, en el caso de que este último incumpla con la obligación pactada entre las partes.”*⁶⁴

⁶³ Muñoz García, M. (2020). *La simulación en el ámbito tributario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p.7.

⁶⁴ Tudela Chordá, S. (2015). Ob. Cit. p.513.

Respecto a estos pactos hay que indicar que en nuestro ordenamiento jurídico queda expresamente prohibido dentro del artículo 1859 C.c el cual dice textualmente que: *“El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ella”*. Por ello, si aplicamos el artículo 4 C.c en relación con la fiducia cum creditore, ya que en esta la existe una garantía de carácter real, podemos calificarla aparénteme como contraria a derecho por llevar aparejado un pacto comisorio.

Pese a las apariencias, tenemos que interpretar este tipo de fiducia junto al contenido del artículo 1858 C.c ya que, según el profesor Mateo y Villa, esta transmisión de la propiedad tiene un carácter meramente transitorio y no definitivo, lo que hace que conforme a derecho tenga un carácter de garantía y no de transmisión dominical.⁶⁵

5.5. JURISPRUDENCIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

5.5.1. PROBLEMÁTICA HISTORICA CON LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD

Uno de los grandes problemas que hace que el negocio fiduciario sea complejo se debe a la falta de claridad con la que la que el Tribunal Supremo trata este negocio. El motivo de crítica se fundamenta a que tribunal no se ha manifestado de una manera unánime respecto si el negocio fiduciario representa un método valido para transmitir la propiedad. Sobre este problema apenas consta 5 sentencias a lo largo de la historia de este tribunal, siendo la última en el año 1965, por lo tanto, tenemos que deducir que ante esa falta de aceptación el Tribunal Supremo tiene una posición negativa frente a este método. Pese a lo dicho, podemos dibujar un cronograma temporal en el podemos destacar tres etapas muy marcadas (véase la figura II), siendo estas las siguientes:

1º La primera de ellas comenzaría desde el periodo de tiempo de 1944 hasta

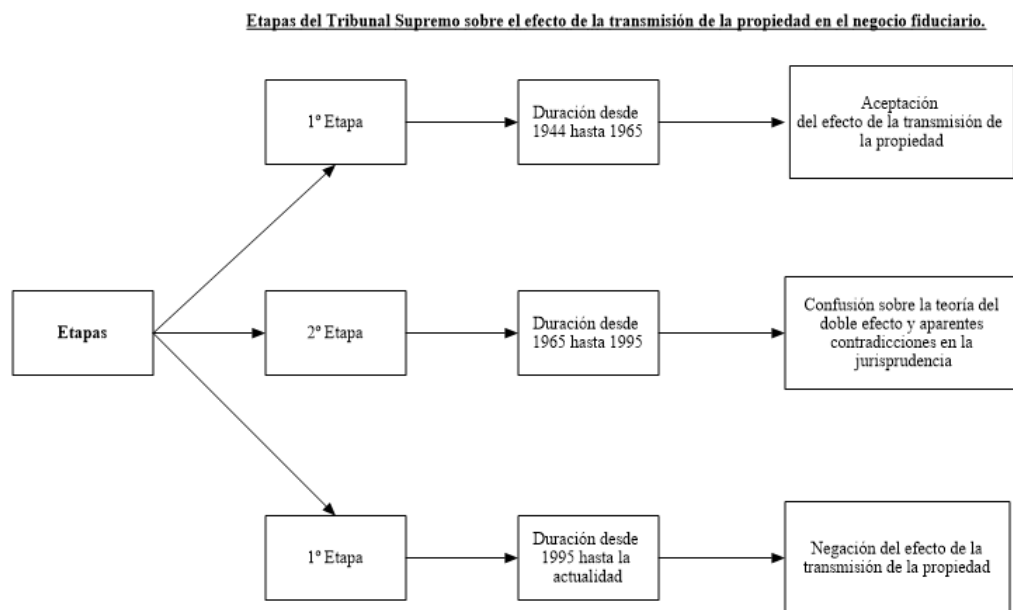
⁶⁵ Mateo y Villa, I. (2008). *Homenaje a Manuel Cuadrado*, Aranzadi, Pamplona.

1965. Durante esta etapa se el Tribunal Supremo aceptaría este efecto en base al contenido de la sentencia de 23 de mayo de 1935 hasta que en la Sentencia de 20 de noviembre de 1965 se acabó con esta corriente.

2º Sobre la segunda la segunda etapa esta se desarrolla desde 1965 hasta 1995, podríamos señalar como una etapa de “oscuridad” o de “confusión” debido a las múltiples contradicciones en sus sentencias y a la falta de claridad siendo barajada la transmisión de la propiedad en sentido formal y no material.

3º Esta etapa es la que podríamos denominar como la “actual”, aquí el tribunal comienza a despejar sus dudas y adopta una opinión más unánime en la se niega la transmisión de la propiedad ya que se estima que la causa del negocio fiduciario es más similar a las del funcionamiento de una garantía o del mandato.⁶⁶

Figura II. Esquema sobre las etapas del Tribunal Supremo sobre la transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario.



Fuente: Sánchez Gervilla, A. (2008). El negocio Fiduciario, la disputa Eterna, Revista de Derecho vlex, N. 61. Elaboración propia.

⁶⁶ Sánchez Gervilla, A. (2008). *El negocio Fiduciario, la disputa Eterna*, Revista de Derecho vlex, N. 61. p.7-8. Disponible online <https://app.vlex.com/#vid/42411255>. Consultado en 19/03/2021.

5.5.2. CASOS EJEMPLARES DE LA JURISPRUDENCIA

5.5.2.1 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 1° DE 30 DE OCTUBRE DE 2008 SOBRE LA FIDUCIA CUM CREDITORE

Introducción al caso

Una de las sentencias que vienen a ejemplificar los conceptos de simulación y de transmisión de la propiedad por el negocio fiduciario tenemos una de 30 STS de mayo de 2008 en la que se simula un negocio de compraventa en el que realmente subyacía un negocio de préstamo, es decir, lo que realmente existía era un negocio fiduciario cum creditore en la que se discutía la existencia de un pacto comisorio.

Siguiendo los antecedentes se establece que la causa real del negocio como un instrumento para que el propietario de la finca que la “transmite” pueda hacer frente al pago de una garantía hipotecaria para evitar la subasta del bien. Como garantía de la devolución del pago se colocó como garantía la finca, que, en caso de impago, ambas partes habían pactado que la transmisión real de la finca pese a que el prestamista ostentaba la “titularidad formal” que se mantuvo inscrita en el registro al no hacer efectivo el Derecho de retracto en el plazo pactado.

Análisis jurídico-practico

En términos práctico-jurídico vemos dos de las utilidades mencionadas en este trabajo en referencia lo dispuesto por el profesor Messneo y ya referenciadas, siendo estas la de la puesta en seguro de un bien y facilitar la satisfacción de la deuda. Estas finalidades se justifican desde el punto de vista la transmisión de la finca al reducir representar una garantía más que suficiente para garantizar el pago y que sirve para poner bajo seguro la titularidad material del bien ante la situación de la inminente de puesta a subasta del bien.

Llegando a la causa, vemos que en esta no es aplicable la teoría de la dualidad

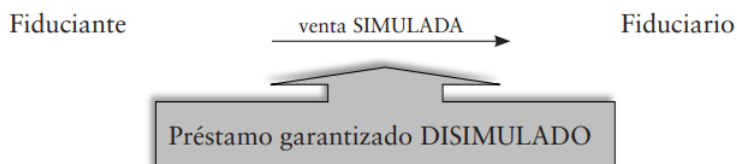
de causa ya que en este negocio solamente se busca constituir un contrato de préstamo en la crea una garantía. Por ende, estamos además ante un caso de simulación relativa (véase la figura III), el contrato haciendo que esta forma, y conforme indica esta sentencia, no exista el contrato de compraventa y no serán aplicables los términos dispuesto en referencia a las cláusulas del contrato de compraventa. No obstante, como el contrato de préstamo es un contrato valido ya que se ha constituido con todos los requisitos de la contracción para que este sea válido estamos ante un contrato de préstamo disimulado.

En lo referente a la transmisión de la propiedad a causa del impago este incurría en el pacto comisorio, aún que bien esta sentencia respalda lo dicho por varios autores al entenderlo como una trasmisión meramente temporal al decir que *“bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo”*⁶⁷

Figura III. Negocios jurídicos anómalos: Simulación, negocio fiduciario, negocio en fraude.

SIMULACIÓN RELATIVA (DE CASTRO)

- *Venta en garantía*



Fuente: Tomo XXXIV. Esquemas de Derecho Civil I, Parte General 3ª Edición, 2017.

5.5.2.1 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 1º DE 17 DE MAYO DE 2011 SOBRE LA FIDUCIA CUM AMICO

Introducción

Sobre esta sentencia no tiene tantos aspectos que ejemplifique el uso común de la fiducia, pero adopta una perspectiva interesante sobre la adquisición de la prescripción adquisitiva contra tabulas a causa de la existencia de un negocio

⁶⁷ STS de 30 de octubre de 2008

fiduciario y como se aplica la teoría de los actos propios en dicho negocio.

Antecedentes y análisis

Comenzado con este caso se nos cuenta alrededor de los años 30 la sociedad Orereta S.A construyo una serie de edificios destinados para uso comercial. Años mas tarde, dicho local se empleo como sede del partido PNV en Donostia, siendo esta incautada por la Comisión Central Administradora de Bienes Incautados por el Estado al entender que este piso era propiedad del partido y no de la sociedad.

Este piso se mantuvo propiedad del Estado hasta que fue devuelta en los años 1977 a Orereta S.A y volviendo ser arrendada al Partido político y manteniéndose hasta la actualidad su sede en esta misma finca. Tiempo más tarde, el PNV será total encargado de realizar todas las labores de mantenimiento, pago de impuesto y gestión de la finca donde reside su sede, además, no se acredita el pago de la renta pactada en el contrato.

Ante esta situación el PNV insta la adquisición de la finca contra registro entrando en litigio en la que se saca a colación una declaración hecha en otro órgano donde se admite que dicha sociedad fue creada únicamente con el objetivo ostentar la propiedad formal de la finca. Esto, junto a varias causas, hicieron que la Audiencia Provincial estimara que la propiedad del bien inmueble es realmente del PNV y que por tanto se modificara la titularidad ante registro.

Tras estas circunstancias se llega al Tribunal Supremo en la que interpreta que estamos frente un contrato fiduciario cum amico ya que entienden que la sociedad Orereta S.A es una sociedad ficticia la cuál sirve como un instrumento para que realmente el PNV ostente la titularidad real del bien inmueble mientras la sociedad mantiene el velo jurídico de la titularidad formal para evitar la posibilidad de embargo del bien dadas las circunstancias políticas de finales de los años 30. Hay que decir que este negocio se estima como valido por parte del Tribunal y sobre el que matiza que *“la existencia de pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario, que, a tenor del*

art. 38 de la Ley Hipotecaria, sólo tiene el valor de presunción "iuris tantum"

⁶⁸ y que acepta prueba en contra esta situación, presunción que será destruida por las numerosas pruebas que acreditan esta circunstancia.

Otro de los fundamentos de la Sentencia se sitúa en *“que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico”*⁶⁹

Además de todo lo dicho, es interesante observar como el Tribunal Supremo destaca que en este caso no existía una prescripción adquisitiva ya que no se puede adquirir por prescripción cuando desde un origen la titularidad le pertenecía a la PNV. Por último, cabe mencionar que en referente a la doctrina de los “actos propios” alegada por una de las partes hay que mencionar que no es aplicable ya que el negocio fiduciario cum amico es válido siempre que busque un fin lícito.

6. CONCLUSIONES

Tras el estudio exhaustivo de estas tres figuras contractuales saco como conclusión cuatro ideas que considero fundamentales y que voy a desarrollar en los siguientes párrafos. Estas ideas van a ser desarrolladas desde mi perspectiva jurídica del trabajo y van conllevar perspectivas que no necesariamente se ajustan a la tradicional idea del Derecho de contrato.

6.1. CRITICA AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS ATÍPICOS

El principio de autonomía de la voluntad tiene un fuerte arraigo en principios filosóficos basados en la Ética entre las que puedo destacar la teoría de Savigny

⁶⁸ STS de 31 de octubre de 2003.

⁶⁹ STS de 17 de mayo de 2011.

y Windcheid, los cuales ponen de manifiesto la fuerza del hombre para la creación de pactos entre ellos, en los que ya de por sí residían un carácter social y ético ⁷⁰. Sobre esta ética, mas autores se han manifestado en especial el profesor De Diego nos dice que el hombre es “*un buen arbitro y juez de sus conveniencias y necesidades. La ley sólo ha de prestarle garantías para el libre desarrollo de sus actividades*”⁷¹.

En la actualidad, esta garantía es protegida por múltiples normas en nuestro ordenamiento siendo la más relevante el artículo 1255 C.c. No es necesario decir que este artículo es la base en la que reposa la validez de los contratos atípicos, pero es que este artículo, como he demostrado en este trabajo, plasma los límites legales de la autonomía de forma ambigua pudiendo crear dudas sobre la verdadera validez de lo que se está pactando.

Como se ha explicado, los límites de la ley y orden público son por lo menos comprobables y se basan en una lógica, los cuales se encuentran regulados de una forma ambigua con el objetivo de adaptarse las relaciones contractuales a las leyes y el sentido del orden publico existente en el momento. Por ejemplo, el límite del orden público y las leyes se acentuó durante la reciente crisis sanitaria del COVID-19 creando limites más restrictivos en la autonomía de la voluntad en pro del interés general.

En contraposición a lo dicho, no encuentro una lógica a que el Estado ni los jueces deban establecer un límite a la moral dentro las relaciones contractuales (atípicas y típicas). Para defender esta idea, me baso en lo dicho por el profesor De Diego ya que comparto esa idea de la persona como su “propio juez” para delimitar lo que está bien y lo que está mal. Por ello, dar la posibilidad a juez que declare la invalidez de un contrato a lo que el estime como la “moral colectiva”, pese a ser legal, estimo que contraria el verdadero sentido que debería tener la autonomía de la voluntad y el sentido de la moralidad que las partes tenían en el momento de realizar un contrato (atípico o típico).

⁷⁰ Santos, J. C. (1949). Autonomía y heteronomía de la voluntad. *Anuario de derecho civil*, 2(2), Madrid, p.566.

⁷¹ De Diego, F. C. (1920). Curso elemental de derecho civil español, común y foral:(continuación). Derecho de obligaciones. T. 5o. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.

Baso también en parte esta opinión de excluir la moral de Thomas Hobbes al interpretar la libertad contractual es *“la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten.”*⁷²

6.2. LIMITES EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS CONTRATOS ATÍPICOS

En el párrafo anterior hemos tratado de los límites en los contratos atípicos en vinculación al principio de la autonomía de la voluntad, en el cuál veíamos como uno de los límites la ley. Siguiendo un análisis más exhaustivo de este límite, encontramos que las normas de rango constitucional también pueden llegar a suponer óbice en la validez de los contratos atípicos.

Bajo mi criterio, considero que este límite se encuentra bastante difuminado dadas las aparentes contradicciones en nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas contradicciones sería los contratos en los que se autoriza una pelea entre particulares lo que en referencia a los límites contractuales evidentemente nulo, sin embargo, existen actividades que pueden pactarse de forma contractual y que puede el mismo nivel de riesgos para la integridad física como puede ser los combates artes marciales y lucha libre. También puede verse estas contradicciones en relación a la libertad sexual, en la libertad de movimiento, etc.

No existe un límite claro de hasta cuanto se puede disponer de un derecho fundamental en un contrato atípico, pero bajo mi opinión, veo una mayor flexibilidad cuando estas tienen un trasfondo mercantil y van dirigidas a actividades del mundo del espectáculo o puedan llegar a ser beneficiosas para el interés general, como pueden ser la contratación para la prueba y

⁷² Hobbes, T. (1651). *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. Andrew Crooke, Londres, p.75.

experimentación de tratamientos médicos.

6.3. LOS RIESGOS DEL FACTORING

A lo largo de este trabajo he citado numerosos beneficios del contrato de factoring, sin embargo, quiero analizar la “otra cara de la moneda” de este contrato. Como sabemos, en el factoring estamos otorgando nuestros créditos actuales y futuros en su totalidad eso quiere decir que se le traslada una enorme responsabilidad a la empresa del factor ya que gestión “inadecuada” del cobro de estos créditos pueden ocasionar que no se cumplan las previsiones de gestión de cobros de la empresa cedente pudiendo llevar a la empresa a una situación financiera grave e incluso la quiebra.

Una manifestación de este poder existe cuando la empresa de factor dentro de una renegociación de los términos y condiciones pactados por ambas partes. En mi opinión, en estos casos puede no existir una situación de igualdad entre las partes debido a que posición de predomino que la empresa de factor presenta sobre la empresa cedente. Pues bien, el hecho de manejar su sistema de financiación y poder poner futuras trabas para el adelanto de capitales es algo que eleva a la empresa de factor dentro de la relación contractual pudiendo usarse para abusar de su posición predominante en la relación para obtener mejores condiciones. No obstante, realizar este tipo queda dentro de la ética empresarial y de la buena que deseen tener en el mercado.

En relación con los riesgos que asume la empresa de factor, sería el adelanto de créditos que no fuesen posibles de reclamar como un método para financiarse la empresa cedente de forma indebida pese a que después puedan tomarse acciones por responsabilidad *veritas nominis* contra los mismos.

Por último, entiendo que al existir un enorme depósito de confianza por parte de la empresa cedente puedan darse irregularidades y abusos en la gestión por parte de la empresa de factor. Una muestra de esto, pese a no ser en el panorama español, es como la Asociación Chilena de Factoring denunció en 2008 un posible aprovechamiento por parte de las empresas al cobrar tasas abusivas

basándose en los “riesgos operacionales”, lo que puede llegar a pensar que estos practicanse dentro del panorama contractual del factoring en España.

6.4. PROBLEMATICAS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA FALTA DE REGULACIÓN

El negocio fiduciario se erige como uno de los contratos atípicos que genera mayor controversia dentro de la doctrina y en la jurisprudencia en la actualidad, dando como resultado que tras años de discusión los tribunales entiendan como legal este negocio en los términos descritos en este trabajo. Pese eso, aún sigue representando un problema ante terceros e instituciones públicas como la Agencia Tributaria. Aunque es cierto que los principales problemas derivan del ámbito tributario y de Derecho de Contratos no debemos olvidarnos que también generan problemas en otros campos como el Derecho Inmobiliario, Derecho hereditario y Derecho Penal.

Problemáticas del negocio fiduciario en el Derecho Inmobiliario y Derecho Hereditario

En el campo inmobiliario el problema gira sobre el Registro de la Propiedad y el principio de fe registral ya que nos encontramos que el fiduciario para adquirir la propiedad formalmente (en virtud del artículo 34 de L.H.) debe inscribirse la propiedad a su nombre en el Registro. Este tipo de inscripciones podíamos denominarlas como “inscripciones a non domino” y que son aquellas inscripciones que “*consiste en señalar como dueño a quien no lo es*”⁷³, en este caso, sería el fiduciario ya que realmente puede él no es verdadero propietario al ser este contrato de compraventa un velo jurídico para esconder la propiedad real y tampoco puede adquirirla a través de la garantía a causa de la prohibición del pacto comisorio.

Como bifurcaciones de este problema Inmobiliario también puede darse problemáticas en la herencia, ya que los herederos van a atender a las

⁷³ Gordillo Cañas, A. (2008). El principio de fe pública registral (II). *Anuario de Derecho Civil*, Madrid p.1134.

propiedades inscritas del causante en el Registro para hacer el reparto, y en caso de la fiducia cum amico, si muere el fiduciario se extinguiría la fiducia cum amico por lo que los herederos no podrían adquirir la propiedad material (aunque si conforme formalmente por “causa hereditatis”) o si lo hacen tendría que restituirla al fiduciante para que este vuelva a adquirirla conforme a registro. En continuación con los problemas hereditarios habría que recordar que la fiducia cum creditore no se extingue por la muerte por lo que los causantes por lo que queda incierto si los herederos pueden heredar formalmente las obligaciones de hacer frente al pago del crédito o los herederos del fiduciario pueden instar por vía judicial al pago de las mismas.

Problemas del negocio fiduciario en el Derecho Penal

Parece insólito que un mero contrato pueda conllevar a responsabilidad penal y lo cierto es que en la práctica es muy difícil que así lo sea, pero las posibilidades no son nulas. Es cierto que el Código Penal no estima al negocio fiduciario dentro de la falsificación de documentos privados, pero puede ocurrir que existan problemas con el delito de alzamiento de bienes recogido del artículo 257 C.p.

Como he visto en la STS de 17 mayo de 2011 y en varias de las opiniones hechas por la doctrina vemos que habitual emplear el negocio fiduciario para “asegurar un bien” de un posible embargo, ahora bien, si lo que se busca a través del negocio fiduciario es alzar los bienes para que estos no sean embargados no hablaríamos de un conflicto legal entre el negocio fiduciario y la ley penal, ya que ni siquiera el negocio fiduciario se habría constituido al no existir una justa causa.

Siguiendo este razonamiento, puede ocurrir que el negocio fiduciario se hubiera constituido válidamente pero que posteriormente el fiduciante o el fiduciario se encuentren en una situación en la que no respondieran a sus deudas y estas fueran reclamadas judicialmente. En el caso del fiduciante siento dudas si tiene la obligación legal de informar que es propietario material de la cosa que se pone en fiducia y si esta puede ser objeto de embargo.

Otra situación problemática seria cuando al fiduciario le intentaran embargar los bienes

puestos a sus disposiciones y este restituyera a su dueño original antes de que se las embarguen, incluso si todavía no se ha cumplido la obligación pactada con el fiduciante. Sobre este aspecto no solamente se discutiría si el bien es embargable o no, sino que puede discutirse una posible responsabilidad penal.

Todas estas situaciones descritas en los párrafos anteriores pueden considerarse intrincadas, pero son cuestiones que, aunque sean poco probables pueden conllevar un alto perjuicio frente de aquellos quien suscriben un negocio fiduciario.

Necesidad de legislación sobre el negocio fiduciario

Como es apreciable sobre los hechos descritos en este apartado, pese a ser el a representar una de las expresiones de confianza más alta que pueden hacer las personas a nivel contractual y dar grandes ventajas a los contratantes, estas se basan en una serie de ficciones que en su vertiente práctica conlleva riesgos terceros y problemas a los contratantes. En esta dirección de pensamiento podríamos contrariar a lo dicho por el Tribunal Supremo y entender que el negocio fiduciario es invalido al atentar contra la moral y el orden público, pero realmente creo que adoptar esta postura “inmadura” frente a estos problemas

Si miramos de una perspectiva más amplia, las resoluciones de todos estos conflictos podrían llevarse a cabo si el legislador tomase cartas en el asunto y estableciese unos límites claros de cómo gestionar esta figura contractual como ya lo hicieron los Romanos y en la Edad Media. Sin embargo, el legislador ha decido dejar la responsabilidad por casi un siglo sobre este negocio al Tribunal Supremo, de interpretar esta figura en vez de legislarla correctamente haciendo que sea el Tribunal Supremo haya pasado por décadas de confusión hasta tener una opinión firme de cómo debe ser el negocio fiduciario.

Ni mucho menos me atrevo a decir que el Tribunal Supremo está trasgrediendo la separación de poderes la validez y requisitos del negocio fiduciario, pero si estimo que esta responsabilidad recae sobre el legislador para solventar todos los problemas que este genera.

7. LEGISLACIÓN

- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Código Penal.
- Constitución Española.
- Ley de Fomento de la Financiación Empresarial.
- Ley Hipotecaria.
- Ley de Protección Ciudadana.
- Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito
- Ley General Tributaria.
- Plan General de Contabilidad.
- Unidroit Convention On Internacional Factoring (Ottawa, 28 de mayo de 1988).

8. JURISPRUDENCIA

8.1 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 14 de febrero de 2000 [ECLI:ES:TC: 2000:46].

8.2. SENTENCIAS DE LA SALA 1º (DE LO CIVIL) DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 10 de junio de 1929 [ECLI:ES:TS: 1929:368]
- STS de 23 de mayo de 1935.
- STS de 28 de enero de 1946 [ECLI:ES:TS: 1946:612].
- STS de 20 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1504].
- STS de 5 marzo de 2001. [RJ 2001, 3972].
- STS de 28 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2723].
- STS de 31 de octubre de 2003 [RJ 2003/7980].
- STS de 23 de junio de 2006 [EDJ 2006/105588], (11102/2005) La Ley.
- STS de 30 de octubre de 2008 (465/2008).
- STS de 13 julio de 2009. [RJ 2009, 4466].
- STS de 17 de mayo de 2011 (349/2011).

8.3. SENTENCIAS DE LA AUDENCIA PROVINCIAL

- SAP Tarragona 27 septiembre 2000 [JUR 2001, 41325].
- SAP Madrid, Secc. 19ª, de 25 junio de 2012 [JUR 2012, 294914].

9.BIBLIOGRAFÍA

- Aguila-Real, J. A. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. *Anuario de derecho civil*, 46(1), Madrid, p.57-122.
- Alfaro Jiménez, V. M. (2009). *Glosario de términos jurídicos*, Grupo Editorial Patria; Edición 1st. Ciudad de México.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Báez Moreno, A. (2009). *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre le renta*. Aranzadi, Pamplona.
- Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, Madrid.
- Caballenas-Becerra, F. I. (2014). *El Contrato de Confirming en el tráfico mercantil de 2014*” UNIRED, Bucaramanga.
- Calleja García, D. (2017). *El Contrato de Factoring y la prenda de créditos futuros en sede concursal*. Universitat Caballenas-Becerra, F. I, Barcelona.
- De Diego, F. C. (1920). Curso elemental de derecho civil español, común y foral:(continuación). Derecho de obligaciones. T. 5o. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
- Lapuente, S. C. (1999). Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 75(654), pp. 1757-1866.
- Claro, C. D. (1988). *Derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- De Diego, F. C. (1920). *Curso elemental de derecho civil español, común y foral:(continuación)*. Derecho de obligaciones. T. 5o. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.
- Díez-Picazo, L. (1956). Díez-Picazo, L. (1956). La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamiento urbanos. *Anuario de derecho civil*, 9(4), Madrid, pp. 1149-1182.
- Ferrara, F (1961). *La simulación de los negocios jurídicos*, Edersa, Madrid

- García-Cruces González, J.A. (2017), *Contrato Mercantil sexta edición*, Thomsom Reuters, Capítulo VI. Madrid.
- González, J. A. G. C. (1989). *El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros*. Anuario de derecho civil, 42(2), Madrid, pp. 377-444.
- Gordillo Cañas, A. (2008). El principio de fe pública registral (II). *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, pp.1057-1216.
- Hobbes, T. (1651). *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. Andrew Crooke. London.
- Jiménez, V. M. A., George, L. M. M., & Rodríguez, G. N. (2009). *Glosario de términos jurídicos*. Grupo Editorial Patria, Ciudad de Mexico.
- León, A. M. (2013). Negocios fiduciarios y usucapión. *Anuario de derecho civil*, 66(3), Madrid, pp. 1163-1276.
- Mateo y Villa, I. (2008). Homenaje a Manuel Cuadrado, Aranzadi, Pamplona.
- Mato Pacín, M. N. (2015). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- Messneo, F. (1971). *Derecho Civil y Comercial*, Tomo II. E. J. E.A. Buenos Aires.
- Muñoz García, M. (2020). *La simulación en el ámbito tributario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Prieto, A. F. P. (1988). Cesión de créditos. Anuario de derecho civil, Madrid, 41(4), Madrid, pp. 1033-1132.
- Romero-Pérez, J. E. (2001). *Contratos atípicos*. Revista de Ciencias Jurídicas, (96). Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
- Santos, J. C. (1949). Autonomía y heteronomía de la voluntad. *Anuario de derecho civil*, 2(2), Madrid, pp. 565-605.
- Sánchez, F.J., Moreno, L., Ossorio, J.M., González, J.M., Ossorio, J., Ruiz-Rico, J. (2014). *Curso de derecho civil. II*, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Sánchez Gervilla, A. (2008). *El negocio Fiduciario, la disputa Eterna*, Revista de Derecho vlex, N. 61, Madrid.
- Scognamiglio, R. (1950). *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli.
- Tudela Chordá, S. (2015). *La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore*. RDUNED: revista de derecho UNED, 17, pp. 511-532.
- Velasco, A. M. (1995). *El contrato de factoring*. Editorial Jurídica de Chile.

- Verdugo Bravo, I. (2017). *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos* (4), Ars Boni et Aequi, Santiago.
- Vitoria, X. L. (2009). Los contratos mixtos. *Revista de administración pública*, (179), Madrid, pp.143-165.

10. WEBGRÁFIA

- Anónimo. (2021). *Definición de orden público*, Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible online en: <https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico> . Consultado en 14/05/2021.
- Anónimo. (2021). *Normativa Contable del Factoring*, Asociación Nacional de Factoring. Disponible online en: <https://www.factoringasociacion.com/factoring/normativa-contable-del-factoring/1188>. Consultado en 14/05/2021.
- Anónimo. (2021). *Orden público*, WoltersKluwer. Disponible online en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjExMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgBELJINQAAAA==WKE. Consultado en 27/02/2021.
- Anónimo. (2021). *Factoraje*, Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible online en: <https://dpej.rae.es/lema/factoraje>. Consultado en 05/03/2021.
- Anónimo. (2021). *Contratos atípicos e innominado*. Editorial Wolters Kluwer, Disponible online en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE . Consultado en 06/02/2021.
- Anónimo. (2021). *Contratos fiduciarios*, Enciclopedia jurídica, disponible online en: <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/contratos-fiduciarios/contratos-fiduciarios.htm>. Consultado en 13/02/2021.

- Chulià Vicent, E., Beltrán Alandete, T. (2021). Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, vlex. Disponible online en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/contratos-atipicos-248593>. Consultado . 13/02/2021.
- García Cantero, G. “artículos 1529 al 1530” vlex. Disponible online en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulos-1-257157>. Consultado. 06/03/2021.
- Feliu, N. (2021). *7 Tipos de factoring financiero*, Nubox. Disponible online en: <https://blog.nubox.com/empresas/tipos-de-factoring>. Consultado. 06/03/2021.
- O’Callaghan Muñoz, X. (2018). *Negocio jurídico fiduciario vs. Simulado*, La Ley 7834/2018, laleydigital. p. 2. Disponible online en: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>. Consultado: 30/03/2021.