

ANTONIO MÁRQUEZ MÁRQUEZ

*Inspector de Hacienda del Estado  
Profesor Universitario*

**Extracto:**

EN una época de globalización económico-social, las empresas en general, y las de la construcción en particular, procuran rentabilizar al máximo sus recursos financieros por razones de beneficio y de competitividad. Por ello, están dando entrada, en sustitución de las fórmulas de financiación tradicionales, a las más recientes, por eficaces y útiles, de *confirming* y *factoring*.

La eficacia y utilidad de esta modalidad operativa con libertad contractual radica en que les permite optar lícitamente por realizar operaciones documentadas formalmente en contratos atípicos complejos, cuyo contenido y efectos económico-financieros dificulta su identificación con la verdadera naturaleza de las operaciones y contratos tipo a los que la legislación tributaria reconoce algún beneficio fiscal.

La existencia de dificultad no impide la validez y eficacia jurídico-privada de tales operaciones y contratos. Pero, en el orden tributario, se impone la comprobación y calificación de la verdadera naturaleza jurídica de la operación, para conocer su identidad plena o no con las tipificadas como exentas en las normas del Impuesto sobre el Valor Añadido y, en consecuencia, darle el tratamiento tributario correspondiente por el citado impuesto. La comprobación y calificación de varias operaciones y contratos muestra han sido y motivado el objeto y las conclusiones del presente comentario.

---

## Sumario:

---

- I. Los hechos.
- II. Las operaciones de *confirming* y de *factoring*.
  1. Como fórmulas de financiación.
    - a) El *confirming*.
    - b) El *factoring*.
    - c) El *factoring* financiero.
  2. Como negocios jurídicos: la cesión de créditos.
    - a) La cesión de créditos en el Derecho Civil.
    - b) El *confirming* y el *factoring* como contratos atípicos fiduciarios.
    - c) La quiebra del factor y su incidencia en la calificación del *factoring*.
  3. El *factoring* en el Derecho Mercantil.
- III. El contenido de los contratos examinados. Verdadera naturaleza jurídica de las operaciones que formalizan.
  1. Promotores.
  2. Constructores.
  3. Contenido de los contratos.
    - a) El *confirming*.
    - b) El *factoring*.
- IV. Las operaciones de mediación en el Derecho Mercantil. Su aplicación al contrato de *confirming*.
  1. Las operaciones de mediación.
  2. Aplicación al *confirming*.
  3. Las operaciones de *factoring*: sin recurso o financiero, o con recurso o prestación de servicios.
- V. Los servicios de mediación en las operaciones financieras: el alcance de su exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.
  1. La exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.
  2. Los pagarés de empresa.
  3. El régimen tributario de la cesión de créditos.
  4. El régimen tributario de las prestaciones de servicios.
  5. Las operaciones de *factoring* como sector diferenciado.
- VI. Conclusiones.

## I. LOS HECHOS

Las actuaciones de comprobación inspectoras han detectado la existencia de ingresos (intereses y comisiones) percibidos por empresas constructoras y recibidos de entidades financieras de *factoring* por la cesión a éstas de datos y otras informaciones referentes a sus proveedores, así como la prestación de otros servicios que facilitan la ulterior celebración de posibles (reales casi con generalidad) contratos de *factoring* entre las entidades financieras y los proveedores de los constructores suministradores de la información.

La formalización de estas operaciones se recoge en unos complejos contratos denominados por las partes intervinientes de «prestación de servicios», con anexos múltiples que, se dice, deben calificarse de *confirming-factoring* en el orden privado y público tributario.

La controversia fiscal en el Impuesto sobre el Valor Añadido surge por la discrepancia de criterios en la calificación jurídico-tributaria de estos contratos entre la Administración fiscal y los interesados. Para las partes contratantes, los contratos formalizan operaciones de mediación en contratos de *factoring*, exentas ambas del Impuesto sobre el Valor Añadido por el artículo 20.uno.18, letras e) y m) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto. Sin embargo, a criterio de algún sector de la Administración tributaria (Inspección), la cesión de datos por parte de los constructores de sus proveedores, a cambio de una contraprestación dineraria, es una prestación de servicios sujeta y no exenta del Impuesto, de acuerdo con el artículo 11 de la citada Ley, sin que la operación tenga naturaleza de financiera exenta.

## II. LAS OPERACIONES DE *CONFIRMING* Y DE *FACTORING*

### 1. Como fórmulas de financiación.

En los últimos tiempos, y dentro de la gran versatilidad de fuentes de financiación de las empresas, se han desarrollado unos nuevos productos financieros <sup>1</sup> cuya utilización y destino contempla la cobertura de dos vertientes importantes: a) la disponibilidad propiamente de los recursos financieros necesarios (el *confirming*) y b) el cobro de las ventas (el *factoring*) <sup>2</sup> cuyo contenido general expondremos de manera breve.

<sup>1</sup> ELISEO, MARC, POL SANTANDREU. *Confirming, factoring y renting*. Gestión 2000. Barcelona 1998, pág. 13.

<sup>2</sup> Rafael GRACIA VILLAVARDE y otros. *El contrato de factoring*. McGraw-Hill. AEF. Madrid 1999. Se recogen los aspectos legales y generales del producto, así como también los fiscales.

a) *El confirming.*

Dentro de las diversas formas y productos tradicionales de pago (letra de cambio, el pagaré, la transferencia bancaria, el cheque, dinero contado o divisa...) se hacía notar la ausencia de un medio que facilite al librador la posibilidad de cubrir el riesgo o asegurarle que el librado, mediante una orden o documento, no sólo reconozca que abonará la deuda contraída, sino que, además, aporte garantías o seguridad de que así será.

Aparece así el *confirming* (confirmación del pago) como nuevo medio de pago que permite simultáneamente ofrecer un servicio al comprador (constructor) y ser un medio de financiación y garantía para el vendedor (proveedor).

Se define como «acuerdo entre una entidad financiera y una empresa (constructora) por el cual la entidad financiera gestiona los pagos de la empresa a sus proveedores nacionales a plazos cortos, ofreciendo la posibilidad al proveedor de cobrar las facturas con anterioridad al vencimiento establecido, a cambio de un tipo de interés en concepto de anticipación de la obligación y pago de la empresa (constructora) al proveedor»<sup>3</sup>.

El *confirming* consiste en la oferta de unos servicios financieros por parte de compañías de *factoring*, para que los usuarios (constructores) los puedan utilizar como medio de pago y cancelación de las deudas contraídas con sus proveedores; la entidad financiera (factor) se hace gestora de los pagos que su cliente (la constructora) le ordena realizar para liquidar sus compras, en uso del correspondiente contrato. El *confirming* es, por definición, un producto o medio de pago que garantiza al acreedor (proveedor) la percepción de la deuda<sup>4</sup>.

El *confirming* como producto o medio de pago y las operaciones múltiples que le son naturales se documentan formalmente en un acuerdo o contrato suscrito entre las partes (la empresa *factoring*, el comprador y el constructor). En el contrato único se especifican, mediante la concreción de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, los servicios propios del *confirming*, así como los naturales del *factoring* que se anexa al contrato. Porque el contrato único relaciona a la entidad financiera (factor), tanto con su cliente por *confirming* (la constructora) como con el otro por *factoring* (los proveedores).

Tenemos **una unicidad contractual básica comprendiendo variados y grandes ámbitos de relaciones jurídicas íntimamente relacionadas**: las del constructor con sus proveedores por compraventa o suministro de materiales o ejecución de obra; las del constructor como usuario de la entidad financiera (factor) para la gestión de pagos mediante un *confirming*; las de los proveedores con la entidad financiera mediante un *factoring*; y las indirectas entre el constructor y sus proveedores por los contratos de *confirming-factoring* celebrados por ellos con el factor.

<sup>3</sup> Juan A. ASTORGA SÁNCHEZ. *Factoring y confirming. Su registro contable desde el punto de vista del cliente*. AEF. Madrid 2000, pág. 25.

<sup>4</sup> Eliseo, Marc, POL SANTANDREU. *Confirming...* cit., págs. 18-19.

b) *El factoring.*

La calificación del *factoring* como servicio se define como «un conjunto de servicios financieros y administrativos, que presta la sociedad de *factoring* a su cliente, que se ampara en la utilización de un contrato de cesión de créditos como cauce jurídico para su desarrollo»<sup>5</sup>.

Es importante destacar del concepto la referencia al conjunto de servicios financieros y administrativos; y a la utilización (no identificación) de un contrato de cesión de créditos para su eficacia práctica. Lo veremos más adelante con detenimiento. La prestación de servicios no se agota en las relaciones contractuales entre la compañía *factoring* y sus clientes (proveedores), sino que se extiende a la participación directa también, vía relaciones contractuales, a los deudores (constructor) obligados al pago por haber recibido bienes o servicios (ejecuciones de obra con o sin materiales) de sus proveedores.

Los servicios de las operaciones de *factoring* pueden ser múltiples, según los casos; pero siempre se prestan como básicos: cobertura de riesgo de insolvencia del deudor, el cobro, administración, financiación. La esencia económico-financiera del *factoring* radica en que es un producto o servicio de la entidad financiera que permite al usuario (proveedor) la posibilidad de disponer del importe de las facturas anticipadamente al vencimiento acordado entre el usuario (proveedor) y su cliente (constructor).

Desde el punto de vista formal, se documenta en un acuerdo o contrato de prestación de servicios administrativos, financieros y de garantía de cobro ofrecidos por el factor a sus clientes-usuarios (constructores-proveedores)<sup>6</sup>.

c) *El factoring financiero.*

Entre las modalidades de *factoring* y en función del alcance de los servicios de garantía, aseguramiento o asunción del riesgo de insolvencia de la operación, figura el denominado ***factoring sin recurso***. Las operaciones de *factoring* sin recurso son aquellas en las que la compañía de *factoring* asume «el buen fin de la operación», de manera que, en caso de impago de la deuda (por el constructor), sólo podrá reclamársela al deudor (constructor), pero no al cliente (proveedor) que le ha cedido los créditos; el cliente (proveedor) sólo responde que existe el crédito y de haber cumplido sus obligaciones, pero no responde de la solvencia del deudor (constructor) O lo que es lo mismo, **que el contrato de *factoring* recoja de manera inequívoca que el factor se hace cargo, sin reservas, de la cobertura del riesgo de insolvencia del deudor (constructor) asumiéndolo como propio. Es decir, que conste explícitamente en contrato que en caso de que el librado (construc-**

<sup>5</sup> Juan A. ASTORGA S. *Factoring...* cit., págs. 14 a 17.

<sup>6</sup> Eliseo, Marc, POL SANTANDREU.. cit., págs. 38 a 42.

**tor) no abone la factura, la compañía *factoring* deberá abonar su importe al usuario (proveedor) siempre que se justifique la existencia de la transacción comercial y del crédito;** lo que no es obstáculo para que el factor pueda actuar más tarde contra el impagador (constructor) en defensa de sus intereses.

De manera que, si en un supuesto de hecho concreto como los que se examinan, se comprueba que no se da este requisito esencial técnico-jurídico, tal contrato y operación, con independencia del nombre que le den las partes, no deja de ser un *confirming-factoring*, pero no pertenece a la modalidad de «financiero o sin recurso», sino a la especie de *confirming-factoring* de «servicios puro o con recurso». Lo que, como veremos más adelante, es trascendente para la aplicación del régimen fiscal por el Impuesto sobre el Valor Añadido a ambas modalidades.

Conviene destacar ahora dos cuestiones importantes: a) la observación que sobre el *factoring* con recurso se hace por ELISE, MARC, POL SANTANDREU «cuando el factor no asume el buen fin de la operación, es decir, cuando no se contempla en el contenido del contrato la posibilidad de asegurar las ventas, se aplica el denominado *factoring* con recurso. Esta modalidad suele predominar en aquellos casos en que los clientes (constructoras) del usuario (proveedor) son firmas de prestigio, de alta solvencia y potencial económico, que no requieren asegurar el riesgo, como por ejemplo, administraciones públicas, bancos, hospitales... ¿constructoras? En estas circunstancias, los servicios de *factoring* a utilizar se limitan a los servicios administrativos y al anticipo de las ventas, dado que el problema en esos casos es que el plazo de cobro es muy prolongado (60, 90, 120 días y más, en el sector de la construcción), mientras que las posibilidades de cobro son prácticamente totales»<sup>7</sup>; b) el comentario que hace J. Antonio ASTORGA SÁNCHEZ sobre que las ventajas de las operaciones de *factoring* son casi exclusivas para la entidad financiera y sus usuarios (proveedores) «puesto que el deudor (constructoras) es prácticamente un sujeto pasivo –no en términos tributarios– en la operación de *factoring*...<sup>8</sup>» en el sentido de que el *factoring*, como operación y como contrato, puede existir y existe en la generalidad de los casos, sin la intervención o mediación del deudor (constructor).

El coste del *factoring* está representado por el *tipo de interés* como coste que se abona por el usuario (proveedor) por la obtención de los recursos financieros anticipados. Se calcula su importe y se aplica con los métodos de un crédito al que se asimila. El tipo de interés como un componente del precio del *factoring* no representa el coste del dinero, como sucede en las operaciones bancarias de crédito, sino que es una contraprestación de los servicios prestados por el factor (anticipo de recursos financieros). Además, por la *comisión* en función de los servicios contratados y de las condiciones pactadas, la comisión representa el coste de los servicios profesionales del factor prestados al usuario de los mismos (proveedor). Ambos formarían parte de la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido en caso de sujeción no exenta de las operaciones, según el artículo 78.Uno y Dos.1.º de la Ley del Impuesto.

<sup>7</sup> *Confirming ... cit.*, pág. 43.

<sup>8</sup> *Factoring... cit.*, pág. 19.

## 2. Como negocios jurídicos: la cesión de créditos <sup>9</sup>.

Es incuestionable que en el concepto económico y jurídico del *factoring* subyace, de manera absolutamente necesaria, una cesión de créditos; aquél no puede existir sin ésta. Pero esta relación esencial es de carácter instrumental, no identificativa en su concepto, ni siquiera como similitud. Las diferencias entre ellos son significativas. La analogía de su contenido no comporta identidad de naturaleza jurídica. Se utiliza el régimen jurídico general (incluido el tributario) de la cesión de créditos (contrato típico) a las operaciones y contratos de *factoring* (contrato atípico) por ausencia de normas (vacío legal) para la regulación específica del *factoring*. De ahí la importancia de la cesión de créditos para nuestro estudio y posibles conclusiones.

### a) La cesión de créditos en el Derecho Civil.

La cesión de créditos aparece situada dentro de la transmisión de las obligaciones en general, como una subespecie de la transmisión de derechos. Se define como aquella operación por la que se transmite el derecho de crédito de una persona (proveedores) a otra (factor) permaneciendo una y la misma obligación. Sus notas esenciales son: a) un nuevo acreedor (factor) sustituye al primitivo (proveedor) ocupando en la obligación el mismo lugar y condiciones en que se hallaba el último; b) a pesar del cambio de acreedores (factor por proveedor) la obligación permanece la misma.

De esta última nota se deduce: a) que subsisten en favor del nuevo acreedor (factor) todas las garantías de su derecho, así como las acciones derivadas del mismo (art. 1.528 Código Civil); b) que el deudor (constructor) puede oponer al nuevo acreedor (factor) las excepciones mismas que le competían contra el antiguo (proveedor).

La doctrina configura a la cesión de créditos, en el plano jurídico, no como un contrato especial, sino como un acto o negocio abstracto dirigido a la transmisión del crédito, en una función parecida a la tradición en el caso de los derechos reales, y que por ello, es distinto del negocio que constituye la causa y el fin económico de la transmisión (el *factoring*) <sup>10</sup>.

Algunos autores sitúan la transmisión de créditos dentro de las modificaciones de las obligaciones, y en particular, de la novación, sobre la base del artículo 1.203 del Código Civil <sup>11</sup>. La subrogación puede tener origen de carácter voluntario o contractual (*factoring*), y producir una novación extintiva de la obligación o una mera modificación subjetiva de la misma permaneciendo ésta inalterada en lo demás. Ésta parece ser la solución legal, según el artículo 1.212 del Código Civil <sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Sobre el *factoring* como producto financiero Vid. *Nuevas fórmulas de financiación. Leasing, factoring eurodólar*. Eduardo BERMÚDEZ RUIZ. Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid 1972, págs. 33 a 58.

<sup>10</sup> José CASTAN TOBEÑAS. *Derecho civil español común y foral*. 10.ª edición. Tomo Tercero. Reus. Madrid 1967, págs. 269 a 279.

<sup>11</sup> «Las obligaciones pueden modificarse: ...3.º Subrogando a un tercero en los derechos de acreedor».

<sup>12</sup> «La subrogación transfiere al subrogado (factor) el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor (constructor), ya contra terceros sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

No cabe duda de que cualquiera que sea la validez o nulidad del negocio (*factoring*) que determina la transferencia del crédito, sus efectos se agotan en las relaciones entre cedente (proveedor) y cesionario (factor). La vinculación del deudor (constructor) al nuevo acreedor (factor) no deriva de este negocio causal (*factoring*), sino exclusivamente de la notificación que se le hizo de que el crédito había sido cedido, lo que le permite pagar al mismo acreedor (factor) con efectos plenamente liberatorios (carácter de negocio abstracto para la cesión de créditos) <sup>13</sup>.

En el *factoring* se produce una transmisión convencional del crédito porque se realiza por acuerdo entre el antiguo acreedor (proveedores) y el nuevo (factor). Esta transmisión no precisa requisito alguno de forma, ni siquiera el consentimiento del deudor (constructor). El acuerdo de las partes es en sí transmisivo del crédito, sin necesidad de tradición y siendo indiferente el contrato (típico o atípico) por el que una persona se obliga a ceder un crédito a otra <sup>14</sup>.

La cesión del crédito en el *factoring* no es a título gratuito, sino oneroso, de manera similar a la compraventa de derechos regulados en los artículos 1.526 y ss. del Código Civil, aplicables al *factoring* como aparece en la terminología y en la remisión expresa a tales preceptos en los contratos de *factoring* examinados <sup>15</sup>.

En la cesión de créditos la regla general es que el cedente (proveedor) de buena fe, no responde de la solvencia del deudor (constructor), salvo las dos excepciones de que se haya estipulado o pactado expresamente lo contrario en el acuerdo; o que la insolvencia sea anterior y pública a la cesión del crédito (art. 1.529 Código Civil). En todo caso, la extensión objetiva y temporal de la responsabilidad pactada para el cedente (proveedor) tiene los límites legales del artículo 1.529.2.º, en relación con los artículos 1.518.1.º y 1.530 del citado Código.

Por tanto, en caso de cesión de créditos sin asumir expresamente el cedente (proveedor) la responsabilidad en caso de insolvencia del deudor, ésta debe ser asumida por el cesionario (factor) de manera pura y simple. Es el efecto jurídico natural de la institución civilista por su función garantista del cobro del crédito cedido. Cuando así se produce en el contrato de *factoring*, **esta operación y el acuerdo se califica de financiero o sin recurso, al ser este efecto jurídico el elemento esencial del contrato.**

<sup>13</sup> Alfonso DE COSSIO. *Instituciones de derecho civil*, 1. Alianza Universitaria. Madrid, 1975, págs. 327-328. Sobre la novación subjetiva, por cambio de acreedor y sus relaciones diferenciales con la subrogación y cesión de créditos, así como la preferencia práctica de estas dos instituciones sobre la novación. Vid. J. CASTAN TOBEÑAS. *Derecho civil español...* cit., pág. 359.

<sup>14</sup> Manuel ALBADALEJO. *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Volumen Primero. Bosch. Barcelona 1982, págs. 342 a 352, y Volumen Segundo, págs. 60 a 63.

<sup>15</sup> «Las obligaciones y los efectos que para las partes se deriven de la firma del presente documento, por constituir una cesión de créditos, se regirán por lo dispuesto en los artículos 347 y 348 del Código de comercio y 1.256 y siguientes del Código Civil. **Esta cesión se realiza, salvo buen fin;** por cuanto si al vencimiento de los créditos, éstos resultaran impagados X. S A (el nombre del factor) procedería a adeudarles el importe anticipado en la cuenta bancaria indicada en el apartado c)» (se refiere a la cuenta entre X. S A factor y el proveedor usuario del *factoring* y cedente del crédito).



b) *El confirming y el factoring como contratos atípicos fiduciarios.*

En las líneas anteriores y sobre la base de nuestro ordenamiento jurídico, se ha indicado que para la transmisión de créditos no se precisa ni establecen requisitos de forma. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes que rige en nuestro Derecho en materia de contratos (arts. 1.254, 1.255, 1.258 y 1.261 del Código Civil), permite documentar el acuerdo de las partes interesadas en las operaciones de *confirming-factoring* con plena libertad.

La complejidad de las operaciones económico-financieras del *confirming-factoring* motivan documentos contractuales complejos que se apartan en gran medida de los modelos de contratos típicos, que por casuales y frecuentes, están convenientemente regulados en nuestros códigos y demás disposiciones legales. Lo que representa problemas de técnica jurídica en la interpretación<sup>16</sup> y calificación<sup>17</sup> de los contratos aportados, cuyo contenido vamos a examinar más adelante. De ahí la utilidad de una breve ojeada al negocio jurídico en general, y al atípico en particular, como posible referencia de los examinados, cuya calificación, a efectos tributarios por el Impuesto sobre el Valor Añadido, motiva el presente comentario.

Los negocios atípicos son objeto de estudio por el profesor Federico DE CASTRO Y BRAVO<sup>18</sup>, y sobre ellos señala que «la estrechez de los esquemas negociables reconocidos por el ordenamiento –reglas del Derecho dispositivo– jurídico vigente, se procura soslayar en la práctica, utilizando la elasticidad de los tipos legales...los asesores profesionales prefieren a la aventura de lo nuevo y desconocido, el logro del fin deseado mediante inserción de cláusulas, pactos y condiciones que adapten al efecto propuesto una determinada figura de las tipificadas por la Ley (*confirming-factoring*). Proceder permitido (art. 1.255) mientras que con él no se extralimite el esquema negocial, y que el resultado práctico perseguido no sea extraño al tenido en cuenta por la Ley o contrario a la finalidad de ésta...Cuando dicha adaptación no es posible, se plantea en toda su amplitud la problemática del negocio atípico»<sup>19</sup>.

Lo que parece sucede con el contrato de *confirming y factoring*, que pertenecen a un contrato atípico de la categoría de «los contratos externamente conexos: por ejemplo, estar realizados en el mismo documento, al mismo tiempo, pero respecto a diversos objetos o relaciones jurídicas»; o a la de «contratos conexos en su finalidad económica»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Sobre el significado, métodos, funciones y reglas generales sobre interpretación de los negocios jurídicos. Vid. Federico DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*. Volumen X. INEJ. Madrid 1967, págs. 73 a 81.

<sup>17</sup> Sobre la misión calificadora de los negocios jurídicos, la doctrina del Tribunal Supremo señala que «no le está permitido atenerse al nombre dado o al esquema formal utilizado por las partes, sino que ha de considerar lo que en verdad sea el resultado que se ha buscado...habiéndose entonces de acudir para el acierto de la calificación y en la declaración de derechos y obligaciones pactadas, como prescribe la constante jurisprudencia de esta Sala, antes que al nombre que las partes le hayan dado a los primeros, al espíritu que los informa y al objeto que se propusieran, debiendo prevalecer su intención sobre todo elemento interpretativo, cuando ésta se deduce racional, lógicamente» (S. 10 de junio de 1929).

<sup>18</sup> Federico DE CASTRO Y B. *El negocio jurídico. cit.*, pág. 205.

<sup>19</sup> *El negocio jurídico, cit.*, pág. 206.

<sup>20</sup> *El negocio jurídico. cit.*, pág. 381. Sobre la distinción entre negocios simulados y fiduciarios. Vid. FRANCISCO FERRARA. «La simulación de los negocios jurídicos». Ed. *Revista de Derecho Privado*. Madrid 1961, págs. 65 a 77. El autor señala como negocio fiduciario, la cesión de un crédito con fines diversos; el enajenante o cedente (proveedor) transmite su

Dentro de la categoría de los contratos fiduciarios <sup>21</sup>, el *factoring*, al decir de la doctrina y del Tribunal Supremo «... se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido para *inter partes*, que constriña al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico (S. 18 febrero 1965). Es decir, que el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de su cosa o de su crédito de modo definitivo e ilimitado; el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de éste de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado».

Porque la cesión de crédito del proveedor al factor, mediante la entrega material de las facturas y los pagarés nominativos como medio de pago que recibe del constructor, tiene la misma finalidad que el endoso para el cobro de los posibles pagarés a la orden; y el endoso para cobro son típicos negocios fiduciarios con notables diferencias entre ellos. Así, el *factoring*, como negocio fiduciario unitario, tiene una propia y peculiar *causa fiduciae* que consiste en el «intercambio del derecho –de crédito– que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante (proveedor, cobro del crédito), unido a la potestad de recuperarlo después por el fiduciario (factor)».

*c) La quiebra del factor y su incidencia en la calificación del factoring.*

En las páginas anteriores se señala que en el *factoring* financiero destaca como nota esencial la asunción del riesgo de la insolvencia del deudor (constructor) por el factor. La prueba de esta asunción simple del riesgo de insolvencia se deduce de los efectos de que para el usuario cedente o fiduciante (proveedor), representa la quiebra posible del factor, cesionario del crédito <sup>22</sup> y fiduciario del negocio.

La solución aparece regulada en el Código de Comercio al ser la quiebra una institución propia del Derecho Mercantil. Los artículos 908 y 909 del citado Código regulan que si la propiedad del crédito se ha transferido o cedido al factor (quebrado) por un título legal e irrevocable según contrato celebrado, el crédito –como derecho– queda en la masa de la quiebra como patrimonio del que-

---

derecho de crédito al comprador o cesionario (factor) y queda a la fe –fiducia– de éste el servirse del derecho adquirido únicamente para el fin que se convino. Y además, indica que a veces, la cesión se emplea con otro fin. Un deudor (factor-constructor) compra a precio moderado créditos contra su acreedor (proveedores) para oponérselos en compensación, y así librarse de la deuda con poco sacrificio. En mi opinión, ésta es la verdadera razón económica de las operaciones y contratos de *confirming-factoring*: que el deudor (constructor) que ha emitido un pagaré nominativo y generado una deuda por importe X a medio plazo (150 días) pueda extinguirla por compensación o confusión de forma anticipada, o a su vencimiento a un precio menor (X menos el importe del tipo de interés y las comisiones).

<sup>21</sup> El negocio jurídico *cit.*, págs. 387 a 407.

<sup>22</sup> El negocio jurídico *cit.*, págs. 409 a 413.

brado factor (**factoring financiero o sin recurso**). En caso contrario (cesión de crédito condicionada o finalista ) el crédito se considera de dominio ajeno –patrimonio del cedente proveedor– y se tiene que poner a disposición de su legítimo dueño, el proveedor (art. 908). Entre los posibles bienes en poder del quebrado (factor), o a devolver a su dueño, figuran, entre otros, las letras y pagarés que obraran en su poder (art. 909) <sup>23</sup>.

### 3. El *factoring* en el Derecho Mercantil.

El ordenamiento jurídico privado mercantil también se ocupa del *factoring* por remisión casi completa al Derecho Civil en los términos y conceptos antes expuestos <sup>24</sup>. Lo importante para nuestro estudio es destacar aquellas notas relevantes que lo califican como contrato de colaboración empresarial. A las sociedades de *factoring* las sitúa y califica como un subgrupo de las Entidades de financiación.

Y una operación de *factoring* es aquella mediante la cual, el titular de una deuda comercial (constructor) contrata los servicios de un tercero denominado factor, para que se encargue de su administración, anticipó de fondos sobre los créditos (operaciones) de los que resulte cesionario, y/o cobertura del riesgo del impago, garantizándolo a cambio de una comisión.

El profesor R. URÍA sitúa al *factoring* dentro de los contratos de colaboración entre empresarios, a través del que se prestan una variada gama de servicios. Lo caracteriza como contrato mercantil bilateral, oneroso y atípico que contiene elementos del contrato de comisión y de la transferencia de créditos. En cuanto a la garantía de la solvencia del deudor cedido (constructor ) los pagos realizados al factor (cesionario) no pueden ser objeto de acción reivindicatoria, a menos que se pruebe que el cedente (proveedor) o el cesionario (factor) conocían el estado de insolvencia del deudor (constructor) en el momento del pago. Pero incluso en este caso, y salvo pacto expreso, la acción revocatoria no afecta al cesionario (factor) <sup>25</sup>. **Porque lo importante en el *factoring* es la cesión de créditos, anticipando el pago de su importe, asumiendo o garantizando el factor, la solvencia del deudor.**

En el ámbito mercantil se distinguen la cesión del contrato, la cesión de créditos, y la venta de títulos valores. Al no existir regulación sobre la cesión del contrato, hay que acudir a las normas específicas de la cesión de créditos y asunción de deudas <sup>26</sup>. Y en la venta de títulos valores, efectos de comercio nominativos (pagarés nominativos) al transmitirse el derecho de crédito incorporado al documento, se aplican las normas del Código Civil para las transferencias o cesiones de créditos no endosables <sup>27</sup>, antes expuestas.

<sup>23</sup> Sobre las consecuencias de la quiebra en los efectos endosados para cobro. *Vid. El negocio jurídico. cit.*, pág. 414.

<sup>24</sup> Sobre los contratos mercantiles típicos, atípicos y mixtos. *Vid. Joaquín GARRIGUES. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Vol. 1.º Revista de Derecho Mercantil. Madrid 1964, págs. 99, 101 y 102.*

<sup>25</sup> *Derecho Mercantil. 27.ª edición. Marcial Pons. Madrid 1999, págs. 747 y 748.*

<sup>26</sup> J. GARRIGUES. *Tratado cit.*, págs. 155 a 158.

<sup>27</sup> J. GARRIGUES. *Tratado cit.*, págs. 392 a 394.

La cesión de créditos está regulada en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, y con carácter subsidiario por los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil. La cesión o transferencia de créditos no endosables (pagarés nominativos) se permite con los requisitos y efectos del artículo 347 del Código de Comercio <sup>28</sup>.

Dada la importancia que para el *factoring* tienen los efectos de la cesión de créditos en que se instrumenta (*factoring* con o sin recurso), veámosla en el orden mercantil; en particular, la garantía que por los créditos cedidos haya de prestar el cedente (proveedor) al cesionario (factor). Aquí se aplican las reglas del artículo 348 del Código de Comercio: el cedente (proveedor) responde de la legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor (constructor), a no mediar pacto expreso que así lo declare. El cedente (proveedor) garantiza la realidad del crédito (con las facturas y los pagarés nominativos), pero no su bondad. Ésta es la nota diferencial entre la cesión de un crédito no endosable (pagarés nominativos de los casos examinados), del endoso de un documento a la orden.

En las relaciones entre el cesionario (factor) y el contratante cedido, deudor según contrato, (constructor) hay que mantener (ante el silencio de nuestra legislación civil y mercantil) que el contratante cedido (constructor) podrá oponer al cesionario (factor) todas las excepciones derivadas del contrato (de compraventa, suministro, ejecución de obra...), pero no las que se funden en las relaciones personales con el cedente (proveedor).

Los efectos de la cesión entre el contratante cedente (proveedor) y el cedido (constructor) se limitan (si ha prestado consentimiento para la cesión y transmitido su deuda) a que el cedente (primitivo deudor-constructor) queda libre de sus obligaciones –deuda– que pasa al cesionario (factor), según el artículo 1.206 del Código Civil <sup>29</sup>.

### III. EL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS EXAMINADOS. VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OPERACIONES QUE FORMALIZAN

#### 1. Promotores.

En el transcurso de actuaciones inspectoras del sector, se han obtenido diversos contratos en los que se documentan operaciones de *confirming-factoring*. En los contratos tipo de ejecución de obra con aportación de materiales o de arrendamiento de obra entre constructores y promotores, sólo figura la referencia (dentro de las cláusulas: forma de pago) al pago de las certificaciones de obra al contratista con el siguiente tenor literal «... preferentemente mediante **el sistema de *confirming*** en

<sup>28</sup> «Los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste».

<sup>29</sup> «La insolvencia del nuevo deudor que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha solvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

la cuenta que el contratista-constructor indique con efecto a los 150 días... o mediante pagaré...»; el reintegro de las retenciones de garantía sobre certificaciones de obra (5%) a la recepción definitiva de la misma se «efectuará mediante **el sistema tipo *confirming*** ciento ochenta días»; «El pago de certificaciones (deducido el 5% de garantía) mediante pagaré contra la cuenta corriente del contratista con efecto 105 días»; «el reintegro de las deducciones de garantía se efectuará mediante pagaré con efecto 180 días»<sup>30</sup>.

Parece, pues, que los promotores efectúan sus pagos a los contratistas-constructores mediante pagarés nominativos; efectúan **el acto de la conformación del pago** mediante anotación administrativa-contable con efectos exclusivamente internos, ya que no utiliza como pagador de sus deudas a ninguna entidad financiera de *factoring*. La actuación de una entidad financiera (banco o caja de ahorros) se limita a cargar en cuenta de titularidad del promotor el importe del pagaré a su vencimiento. El número de la cuenta corriente bancaria y demás datos del pago figuran en el talonario de pagarés del promotor. **La conformación** de los medios de pago **es un acto material y unilateral** que refuerza las garantías del cobro de su importe.

## 2. Constructores.

Las empresas constructoras casi siempre emiten pagarés nominativos. En los pagarés nominativos examinados, el constructor (librador) ordena a la entidad financiera (librado) que le pague al proveedor (tomador), al vencimiento el día 10 de junio de 2002 (187 días) el importe que figura en el título.

Los contratos examinados de 25 de febrero y 25 de septiembre de 1998 se denominan por las partes de *confirming-factoring*; contienen un extenso y prolijo clausulado negocial de gran perfección técnica en su aspecto documental o formal, referente a: objeto, causa, obligaciones de las partes (entidad financiera, constructor –Cliente– y posible proveedor), comunicaciones o informaciones de datos recíprocos y necesarios para la posible cesión del crédito por los proveedores, pago de los servicios, intereses, transmisión de créditos, duración, resolución, fe pública, liquidación y ejecución, gastos.

## 3. Contenido de los contratos.

El examen detenido del contenido de los contratos nos va a llevar a su verdadera naturaleza jurídica sustantiva; y de la conclusión a que se llegue, depende el tratamiento fiscal por el Impuesto sobre el Valor Añadido, de las operaciones que en ellos se documentaron, objeto principal y único del presente comentario.

<sup>30</sup> Contrato de 29 de mayo de 1998 entre la promotora A y la constructora B; contrato de 2 de agosto de 2000 entre la promotora A y la constructora C.

a) *El confirming.*

- Las partes *denominan* los contratos como de «prestación de servicios»<sup>31</sup>.
- Como *objeto* del contrato se señala la posible adquisición por el factor de los créditos de los proveedores frente al constructor. Pero no de cualquier crédito, sino sólo de aquellos que **reúnen casi absoluta garantía de su cobro**; y además, el factor se reserva el derecho a no adquirir documentos (facturas y pagarés) de proveedores con situaciones financieras irregulares; finalmente el constructor-deudor puede **recomprar los créditos adquiridos por el factor**.

El descrito objeto del contrato nos lleva a dos conclusiones iniciales: a) Que se posibilita la incorporación al contrato de *confirming* (entre constructor y entidad financiera) otros muchos posibles contratos de *factoring* (entre la entidad financiera y los proveedores del constructor); b) Que las cláusulas de compra (por el factor) y posible recompra (por el constructor) de los créditos, garantiza, en términos casi absolutos, el pago-cobro de su importe.

- Además, esa garantía de pago-cobro de la deuda-crédito se refuerza por completo, al figurar como *causa del contrato*, que el constructor haga y mantenga provisión de fondos a la entidad financiera (factor) para los pagos a los proveedores. Esto nos indica y hace pensar que **el factoring que se celebra puede ser «sin recurso»**; es decir, que el factor asuma el riesgo de la insolvencia del deudor (constructor), pues la garantía del cobro lo tiene asegurado por el objeto y causa del contrato.
- Entre las *obligaciones* de las partes, destacamos aquellas que afectan a la cesión de crédito, esencial en el *factoring* y a la posible naturaleza de éste sobre si es financiero (sin recurso ) o de servicios (con recurso).
- *Obligaciones del posible factor*:
  - recibe facturas **conformadas** con un importe rotativo de X millones, que entrega o provee al factor para su pago.
  - **asume el riesgo de insolvencia del constructor en los términos (condiciones) previstos en los contratos de factoring que suscriba.**
  - **descuenta-liquida créditos** cedidos por los proveedores en **los términos (condiciones) de los contratos factoring a celebrar.**
  - **pago** de los créditos de los proveedores a su vencimiento.
  - informa y, en su caso, **vende al constructor los créditos adquiridos de sus proveedores.**

<sup>31</sup> El Código Civil señala como criterios para la interpretación del contrato: la prevalencia de la intención sobre las palabras (art. 1.281); la intención hay que buscarla en los actos coetáneos y posteriores de los contratantes (art. 1.282) ; no comprender cosas y casos distintos a los que se propusieron contratar (art. 1.283) ; en caso de cláusulas oscuras buscar el sentido adecuado al efecto pretendido (art. 1.284) ; interpretación conjunta de las cláusulas (art. 1.285) ; entender las palabras según la naturaleza y objeto del contrato (art. 1.286).

- *Obligaciones del Cliente-constructor:*
  - no modifica el valor de los créditos sin permiso del factor.
  - garantiza la vigencia, validez y legitimidad de los créditos comunicados al factor.
  - comunica, presta asistencia, informa sobre las incidencias de los créditos de sus proveedores, al factor.
  - paga el importe, a su vencimiento, de los créditos cedidos por los proveedores al factor, de los que es legítimo propietario. Esta obligación puede hacer pensar que el *factoring* posterior puede ser financiero (sin recurso), ya que puede el factor asumir ante el proveedor, el riesgo de la insolvencia del deudor porque el cobro está garantizado.
- Entre las *comunicaciones* contractuales a cumplir por las partes, destacan, a nuestros efectos, las siguientes:
  - *Del constructor a la entidad financiera.*
    - la comunicación de pagar las facturas conformadas.
    - le envía o comunica los datos de sus proveedores en soporte informático predeterminado en su estructura técnica.
  - *De la entidad financiera al proveedor.*
    - le comunica las facturas emitidas y conformadas por el constructor.
    - le ofrece por escrito la posibilidad de que le ceda sus créditos sin recurso, que tiene contra el constructor *¿factoring financiero o sin recurso?* Lo veremos más adelante.
  - *De proveedor a entidad financiera.*
    - la aceptación de la cesión de créditos ofertada. Esta última manifestación de voluntad por parte del proveedor, titular del crédito, se desarrolla en los Anexos V y V bis que se incorporan a los auténticos contratos de adhesión *factoring*. Aunque veremos el contenido de los Anexos para calificar el *factoring* de «con o sin recurso», detengámonos ahora en la cesión de crédito que se acepta en el contrato de *confirming* y qué papel juega en él el constructor.

Según el contrato de *confirming*, el constructor reconoce y otorga a los Anexos V y V bis (contratos de *factoring*) plena validez de un contrato de cesión de crédito entre el factor (misma entidad financiera del *confirming*) y sus proveedores; el constructor queda obligado con el factor al pago de los créditos que sus proveedores le cedan, no siendo liberatorio para el constructor el pago que haga el factor a terceras personas que no sean sus proveedores.

Por tanto, el constructor-deudor sólo se libera pagando al factor; el factor sólo puede cobrar el crédito cedido del constructor-deudor; y el factor no puede recobrar el importe del crédito del proveedor, aunque no le pague (insolvencia) el constructor-deudor (**factoring sin recurso**). En caso de embargo o retención del crédito cedido por tercero, se producen una serie de comunicaciones recíprocas entre el constructor y el factor titular del crédito, y entre el constructor y el tercero (organismo público –AEAT– o juzgados) para **impedir la retención y el embargo, porque el crédito no es de titularidad del proveedor embargado, sino del factor, en virtud del contrato de factoring** (Anexo VII). Se reitera de nuevo la obligación del constructor de pagar al factor el importe de los créditos previamente adquiridos por él.

- *De factor a constructor.*
  - le comunica la adquisición de los créditos cedidos por sus proveedores en *factoring*.
  - el constructor reconoce que la comunicación le obliga a pagar al factor el importe de los créditos adquiridos (Anexo VI).
  - le comunica las facturas adeudadas al vencimiento.
- Referente al *pago*, se recoge que el constructor paga los créditos cedidos (*factoring*) y no cedidos (para fin de cobro) al factor, en su vencimiento, mediante cargo a la cuenta corriente bancaria número X en la misma entidad financiera del factor, de la que es titular.

Para atender (garantizar) el pago de todos los créditos (cedidos o no) el constructor se obliga a tener saldo suficiente para cubrir el importe de los pagos a tramitar por el factor en los términos del contrato; si se produjera inexistencia de numerario en el saldo, los pagos de los créditos se atienden, pero se cobran intereses al constructor.

- En las cláusulas de *transmisión* se producen hechos que parecen exponer la verdadera y única causa del contrato: que el constructor se beneficie económicamente, reduciendo el importe de las deudas con los proveedores; o lo que es lo mismo, obtener una reducción de ellas pagándolas a través de los servicios de una entidad financiera, por anticipado, o en su vencimiento, mediante un complejo contrato de *confirming-factoring*. La evidencia resulta de las siguientes cláusulas contenidas en el contrato:
  - el factor, a petición del constructor, se obliga a transmitirle (recompra) todos o parte de los créditos que le ha cedido el proveedor. Se produce una recompra de los pagarés nominativos (títulos) con una nueva cesión de los créditos del factor al constructor-deudor. De esta forma se produciría una extinción de la deuda del constructor (que motivó la emisión de los pagarés) por confusión, con el crédito de que viene a ser titular con la recompra de ellos. Así, en la persona del constructor, se reúne el concepto de acreedor y deudor <sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Artículo 1.192 del Código Civil «Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor».



- Pero el precio de esta cesión de créditos (recompra por el constructor) resulta inferior al importe de la deuda-crédito inicial representada en la cantidad de los pagarés nominativos iniciales. El precio es el resultado de practicar en el importe del pagaré, el descuento financiero correspondiente al tipo de referencia en el mes para las recompras de títulos. Lo que supone reducir la cuantía de la deuda a pagar por el constructor.
- Además, el factor se obliga a bonificar al constructor en el momento de la transmisión (recompra), con el 63% de las comisiones percibidas por el factor en el momento de la factorización de los créditos objeto de la recompra. Y la forma de pagar, recibir o liquidar los importes que, por diversos conceptos (precio, descuento, comisiones...), genera la transmisión de deudas es mediante adeudo en la cuenta corriente número X que en la entidad financiera (factor) tiene el constructor para pagar, además, los créditos a los proveedores.

En definitiva, **la verdadera intención de las partes y causa del contrato se reduce a que el constructor-deudor señala el pago de sus facturas en pagarés nominativos a X días; interpone a una entidad financiera (factor) que celebra operaciones de *factoring* con los proveedores del constructor, y que paga los créditos en nombre y por cuenta propia (ejecución de operaciones de *factoring* con o sin recurso), o en nombre propio y cuenta del constructor (recompra de créditos), pero siempre con el dinero del constructor.**

- Las cláusulas contractuales referentes a la duración, *resolución, fe pública, liquidación y ejecución, gastos* poco o nada aportan al análisis de la verdadera naturaleza de los contratos. Si acaso, la reserva que en el punto 12. Gastos se hace al pago de los impuestos que pudieran gravar la constitución, cumplimiento, extinción, *comunicaciones* entre las partes, de las obligaciones del contrato, que serán asumidas *por cuenta (no dice en nombre) del constructor*.

#### b) El factoring.

Los Anexos IV, V y Vbis al contrato documentan<sup>33</sup> la oferta y aceptación de la compra de los créditos por parte de la entidad financiera (factor) a los proveedores del constructor, al señalar «Nos acogemos a la oferta de compra de créditos que ostentamos frente» al constructor, acusando el proveedor recibo de la carta del factor.

El Anexo V y Vbis recoge la carta del proveedor con las condiciones de aceptación de la oferta de cesión de créditos por su parte (modelo de carta del proveedor al factor). El factor aplicará para esta «cesión de créditos» las siguientes condiciones: a) intereses *x* por pago anticipado sobre total Remesa a fecha vencimiento de las facturas (30, 60, 90 días...); b) una comisión íntegra (mínimo 500 ptas.); c) abona al proveedor el importe líquido resultante de restar del total Remesa, los intereses y comisión señalados antes.

<sup>33</sup> El Anexo IV recoge la carta del factor (modelo de adhesión) a los proveedores del constructor ofreciéndole la compra de sus créditos que le han sido comunicados.

La denominación contractual de la operación como CESIÓN DE CRÉDITOS obliga a las partes a señalar como normas de regulación jurídica, productoras de efectos por «constituir una cesión de créditos», los artículos 347 y 348 del Código de Comercio y sus correlativos 1.526 y ss. del Código Civil.

Otros Anexos al contrato recogen la carta del factor a los proveedores (*mailing*) comunicándole la suscripción de un convenio con su constructor con ventajas para ellos respecto al cobro de sus créditos (Anexo I); carta del constructor al factor notificándole las remesas de facturas de sus proveedores en disquete informático (Anexo II); formato para la cesión de datos (Anexo III); carta del factor al constructor comunicándole los créditos, sus importes y vencimiento que ha comprado, debitando en la cuenta corriente número *x*, a nombre del constructor los importes de los citados créditos (pago por cuenta del factor), (Anexo VI); modelo de carta del constructor al organismo/ juzgado embargante, acreditando que el factor es el único y legítimo titular de los créditos cedidos (y embargados), según el artículo 347 del Código de Comercio; cláusula adicional al contrato de *confirming* sustituyendo las referencias al MIBOR por EURIBOR; Anexo adicional al contrato de *confirming* sobre revisión de precios de los intereses y comisiones; Anexo B aumentando el límite cuantitativo máximo del contrato.

En Anexos A, B, C de otro contrato de *confirming* examinado, se va aumentando o ampliando el importe de las cantidades a que aluden las cláusulas 2.ª y 3.ª del contrato «referentes a las obligaciones del factor de recibir las relaciones de facturas conformadas de los proveedores del constructor, dentro de un límite rotativo de X millones de pesetas; y de las obligaciones del constructor de comunicar al factor las facturas a su cargo...».

La complejidad de las operaciones económicas financieras que se documentan en los contratos, más sus Anexos, dificulta su calificación en términos jurídicos. Desde luego, el esquema comercial utilizado encaja en el modelo de los contratos de *confirming-factoring* como negocios atípicos, que hemos expuesto. Por ello, en estos momentos, la línea de investigación es determinar: a) si la parte del contrato (relaciones y obligaciones recíprocas entre el constructor y la entidad financiera) referente a *confirming*, es una operación de colaboración o mediación empresarial para la celebración de contratos de *factoring* por parte de la entidad financiera; o una prestación de servicios de suministro de información o datos de los proveedores; b) **si las posibles operaciones de *factoring* a que da lugar el *confirming* son jurídicamente financieras o «sin recurso», o de simple prestación de servicios o «con recurso».**

#### IV. LAS OPERACIONES DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL. SU APLICACIÓN AL CONTRATO DE *CONFIRMING*

##### 1. Las operaciones de mediación.

El Derecho Mercantil tipifica esta clase de operaciones en el contrato de mediación o corretaje. Desde el punto de vista subjetivo, los mediadores (constructor) son personas que colaboran en la actividad de los empresarios mercantiles (factor) sin estar ligados a ellos por un vínculo jurídico permanente y estable.

La colaboración del mediador se presta caso por caso, mediante el contrato de mediación «por el que una de las partes, el mediador (constructor) se obliga a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte (factor) y un tercero (proveedor) que habrá de buscar al efecto». La finalidad del contrato es poner en relación entre sí a las partes (factor-proveedor) que han de celebrar un futuro contrato (*factoring*).

El contrato tiene indudable carácter mercantil, y a diferencia de la comisión (contrato de agencia)<sup>34</sup>, actividad jurídica, el mediador (constructor) efectúa una actividad material (entrega de datos de sus proveedores) para aproximar a los dos futuros contratantes (factor-proveedor). A diferencia del arrendamiento de obra, el mediador (constructor) no se compromete u obliga a conseguir un resultado u obra determinada, sino sencillamente a desplegar su actividad en la búsqueda de posibles contratantes.

El contrato de mediación se califica como especial, al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil<sup>35</sup>, lo que supone tener que analizar en cada caso concreto las cláusulas específicas de cada contrato, para determinar su verdadera naturaleza jurídica<sup>36</sup>.

En parecidos términos se pronuncia F. SÁNCHEZ CALERO al definir el contrato<sup>37</sup> como aquel por el que una persona (factor) se obliga a abonar a otra llamada mediador o corredor (constructor) una remuneración por indicarle (suministro de datos) la oportunidad de concluir un negocio jurídico (*factoring*) con un tercero (los proveedores) o por servirle de intermediario en esa conclusión. El mediador facilita la conclusión de un contrato, y su remuneración (interés y comisiones) está condicionada a esa conclusión.

La mediación carece de la continuidad y la representación que es propia del contrato de comisión. El mediador (constructor) se limita a acercar a las partes (factor y proveedor) para que sean ellos los que contraten, no para suplantarlos.

## 2. Aplicación al *confirming*.

El objeto expreso del contrato de *confirming* examinado es posibilitar y facilitar la celebración de contratos de *factoring* entre una entidad financiera y los proveedores del constructor. Pero, a diferencia de la mediación, y según las cláusulas del contrato, el constructor no se limita sólo a

<sup>34</sup> Vid. José MOXICA ROMÁN. *La ley del contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*. Aranzadi editorial. 2.ª edición. Madrid 2000, págs. 49-52. El autor expone las notas diferenciadoras de ambos contratos indicadas por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 21 de mayo de 1992 y 4 de septiembre de 1994 que destacan « su propia función es predominantemente pregestoría, al hacer posible contratar, cesando una vez que pone en relación a las partes...».

<sup>35</sup> Artículo 1.255 « Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral y al orden público».

<sup>36</sup> Vid. R. URÍA. *Derecho Mercantil*. 17.ª Ed. Marcial Pons. Madrid 1990, págs. 629 y 630.

<sup>37</sup> *Instituciones de Derecho Mercantil*. Ed. Derecho Reunidas. Madrid 1980, pág. 434.

acercar a las partes, sino que participa de manera intensa y directa en la celebración y ejecución de los contratos de *factoring* a celebrar. De forma que, sin su continua participación, los contratos no producirían efectos. Parece que no estamos ante una pura y simple mediación mercantil, sino ante un supuesto de prestación de servicios mucho más numéricos y complejos que los propios y exclusivos, por necesarios, de la mediación.

### 3. Las operaciones de *factoring*: sin recurso o financiero, o con recurso o prestación de servicios.

Del examen de los contratos se destacan aspectos impropios del *factoring* sin recurso, al poner en duda que el factor asuma por completo el riesgo de insolvencia del deudor constructor:

- El constructor abona al factor el importe de las órdenes de pago, con cláusulas sobre garantías de los saldos descubiertos.
- El factor admite que gestiona el pago del crédito *por cuenta ajena*, del Cliente-constructor.
- El factor paga con el dinero remesado o crédito concedido al constructor.
- En el contrato debe aparecer el «coste de la gestión encomendada» por el constructor al factor. El factor carga a su Cliente-constructor una comisión en concepto de intermediación entre el constructor y sus proveedores. Sin embargo, en los contratos en nuestro poder, es al revés, es decir, el factor no sólo no le cobra al Cliente-constructor por su mediación, sino que le cede parte de sus comisiones; luego, quien presta los servicios es el constructor por interposición del factor.
- En los contratos que documentan las operaciones de *confirming-factoring* subyace «un descuento por pronto pago» o desgravación en forma de descuento que un proveedor aplica a su cliente (el constructor) por recibir de éste el importe del suministro a un vencimiento anterior al que sería habitual en el sector de la construcción, lo que se produce por la compra del crédito por el constructor. Para él, el pago anticipado de su inversión debe ser objeto de una bonificación (interés más comisión), con el fin de compensar el tiempo que media entre el vencimiento considerado normal y el real. Se produce un menor coste de compras para el constructor; y un coste financiero para su proveedor. Y para ello, se interpone la sociedad *factoring*.
- En los contratos de *confirming-factoring* de que disponemos se señala, como una de las obligaciones del factor: **«2.c). Asunción del riesgo de insolvencia del cliente (constructor) en los términos previstos en los contratos de *factoring* que suscribe el FACTOR con los proveedores del CLIENTE (constructor), pero, de hecho, la cesión de crédito se condiciona a su "buen fin". De forma que si el constructor-deudor no paga el importe del crédito al factor, (cedente del crédito) a su vencimiento, el factor lo adeuda (los importes del crédito anticipados al proveedor cesionario) en la cuenta corriente bancaria del proveedor. Luego, esta cesión de crédito no es pura o simple o *pro solvendo*, sino *pro soluto* o para pago-cobro. No es una operación financiera o *factoring* sin recurso, sino una serie de prestaciones de servicios o *factoring* con recurso.**

Así, en el contrato de 25 de febrero de 1998, en su punto 4.2 se dice que «ofreciéndoles mediante este escrito la posibilidad de ceder sin recurso dichos créditos al FACTOR, el modelo de esta comunicación se adjunta a este contrato como Anexo IV. La primera de estas comunicaciones irá acompañada por el Anexo I».

En el Anexo I (*mailing*) se puede leer... «2.º Cobertura de riesgo por impago hasta el 100% (descuento sin recurso)...5.º Por ser COMPRA EN FIRME del crédito (descuento sin recurso), no tiene peso en el Pasivo de su Balance y no le consume riesgo bancario». Sin embargo, en el contrato de 25 de septiembre de 1998, Cláusula 2.1 se lee que «**Los créditos comerciales representados por facturas que giren contra el CLIENTE (constructor) sus proveedores y que sean cedidos por este (constructor) al FACTOR, se entenderán tácitamente cedidos, salvo buen fin, por los proveedores y aceptada dicha cesión por el FACTOR, constituyéndose el FACTOR en acreedor del CLIENTE (constructor) hasta donde alcance el importe de dicho crédito**».

## V. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN EN LAS OPERACIONES FINANCIERAS: EL ALCANCE DE SU EXENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

### 1. La exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Las partes contratantes mantienen que sus operaciones están sujetas pero exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.18, letras e) y m) (exenciones en operaciones financieras), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto<sup>38</sup>. Resulta necesario conocer el alcance de las operaciones financieras exentas de IVA, en particular la «transmisión de créditos», esencia del *factoring* financiero, de la letra e) del citado artículo y punto, que es una operación distinta a la especificada en la letra c) del mismo artículo y punto<sup>39</sup>.

Y ya adelantamos que, así como es habitual y necesario, en el orden comercial, la intermediación de empresarios (agentes mediadores) en las operaciones de la letra c) no lo parece en las de la letra e). Y a la mediación de las primeras se refieren las consultas de la Dirección General de Tributos (de 15 de abril de 1994 y 1 de agosto de 2000) que han aportado las partes en defensa de sus criterios y pretensión regularizadora.

<sup>38</sup> «Exenciones en operaciones interiores. Uno. Estarán exentas de este Impuesto las siguientes operaciones: ...18.º Las siguientes operaciones financieras:...e) La transmisión de préstamos o créditos ...m) La mediación en las operaciones exentas descritas en las letras anteriores de este número y en las operaciones de igual naturaleza no realizadas en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales. La exención se extiende a los servicios de mediación en la transmisión o en la colocación en el mercado de depósitos, de préstamos en efectivo o de valores, realizados por cuenta de sus entidades emisoras, de los titulares de los mismos o de otros intermediarios, incluidos los casos en que medie el aseguramiento de dichas operaciones».

<sup>39</sup> «La concesión de créditos o préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza».

Las operaciones financieras en el IVA han sido estudiadas con detenimiento y minuciosidad. Así, entre las excepciones de la obligación de retener por razón de la tipicidad empresarial del rendimiento (operaciones activas con los clientes generadoras de intereses de préstamos) se sitúan (ámbito subjetivo de la exención) las Entidades financieras inscritas en sus registros especiales... incluyendo también como especie, a las *factoring*, según su propia normativa<sup>40</sup>. La exención comprende los intereses y comisiones de préstamos que constituyen un ingreso de las denominadas Entidades financieras... enfocados desde un punto de vista de la habitualidad que supone para ellas el ejercicio de la actividad de emisión de préstamos (DGT. Consulta vinculante de 12 de abril de 1984).

El Segundo Proyecto de Ley del IVA de 1981 reconocía la exención técnica de las operaciones financieras enumeradas en él; pero no comprendía la exención a... la gestión de créditos efectuada por terceros (factor) distintos a quienes otorgaran el crédito (constructor)... ni a los servicios de gestión de cobro de letras y demás documentos de giro. En concreto, el artículo 7.18.e) del Proyecto decía: «Las demás operaciones relativas a préstamos o créditos efectuadas por quien concedió el crédito. La exención no alcanza a las operaciones de *mediación o de gestión* realizadas por persona distinta (factor) a quien concedió los créditos garantizados» (constructor). La letra f) no incluye en la exención *el servicio de cobro* de letras de cambio o demás documentos (pagarés nominativos) que se hayan recibido *en gestión de cobro* (negocio fiduciario). Y se añadía en la citada letra «**La exención se extiende a las operaciones de *factoring* en los casos que constituyan adquisiciones en firme mediante subrogación en créditos mercantiles» (*factoring sin recurso*)<sup>41</sup>.**

La simple adquisición de créditos para su cobro no es operación financiera exenta, como señala el artículo 13. B de la Sexta Directiva de la CEE<sup>42</sup>. La doctrina estima exentos los servicios relativos a efectos de comercio...pago... «con la única excepción de las operaciones de gestión de cobro de créditos o cualesquiera otros efectos de comercio». Pero no considera operaciones de gestión de cobro de créditos las adquisiciones en firme por subrogación de créditos o efectos (*factoring sin recurso*). Pero sí la cesión para gestión de cobro en comisión (*factoring con recurso*)<sup>43</sup>. ROMÁN ORTIZ<sup>44</sup> es de la opinión de que está exenta la cesión de créditos en firme, subrogándose el adquirente en los créditos cedidos, como suele ocurrir en ciertas modalidades de *factoring* (sin recurso).

## 2. Los pagarés de empresa.

Los pagarés de empresa son títulos valores mediante los cuales el emisor (constructor) se obliga a pagar a su tenedor legítimo (proveedor o factor por cesión) una cierta cantidad de dinero en fecha determinada. Su función puede ser doble: fórmula alternativa de financiación bancaria a corto

<sup>40</sup> *Estudios sobre tributación bancaria*. Varios autores. Ed. Civitas. Madrid 1985, pág. 125.

<sup>41</sup> Véase nota anterior.

<sup>42</sup> «...los Estados miembros exonerarán... d) las operaciones siguientes: 3. Las operaciones, incluidas las negociaciones... y otros efectos comerciales con excepción del cobro de créditos».

<sup>43</sup> *Introducción del IVA en España*. Varios autores. IEF. Ministerio de Hacienda. Madrid 1982.

<sup>44</sup> *El Impuesto sobre el Valor Añadido*. Ed. Pirámide. Madrid 1982.

plazo; o fórmula transitoria de financiación. El origen histórico es revelador a nuestros efectos: nace del *commercial paper* norteamericano como un documento privado que incorpora una promesa de pago a corto plazo, *no garantizada*, formulada por la empresa (constructor). De ahí su empleo (ahora generalizado y masivo) por empresas de solidez económica y financiera fuera de toda duda (grandes constructoras), al no llevar garantía de su pago.

Y no lleva garantía porque en los supuestos de hecho examinados, no existe un contrato previo de crédito subsidiario entre la Entidad financiera (que hace de factor) y el constructor emisor de los pagarés, mediante el cual la Entidad financiera abre una línea de crédito para atender, en su momento, la liquidez de los pagarés nominativos emitidos, sino que el Cliente-constructor deposita en la Entidad-factor una cantidad de dinero rotativa para atender los pagos de los pagarés antes o a su vencimiento. **Por lo que la Entidad financiera-factor se limita a la gestión de cobro-pagos de los pagarés.**

Los pagarés de empresa son, pues, una modalidad del género común de los títulos valores, con los caracteres que las normas y la doctrina reconoce a éstos para facilitar su circulación en el tráfico mercantil<sup>45</sup>. Pero como los del supuesto examinado son nominativos, se excluyen de los títulos valores formales, que, según los artículos 531 y 532 del Código de Comercio, llevan aparejada el ejercicio de la acción ejecutiva. Por tanto, estamos ante una cesión de pagarés sin endoso, lo que está fuera del Derecho Cambiario Mercantil, y en formas de cesión ordinaria del crédito, propias del Derecho Civil, documentada en el título, por lo que se aplicarían las reglas de los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil; o, en su caso, los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, tal y como se recoge expresamente en los contratos de *confirming-factoring* examinados. Por lo que el cesionario del pagaré (factor) adquirirá, no un derecho propio, sino el derecho del cedente (proveedor), quedando sujeto a las excepciones oponibles a éste por el constructor<sup>46</sup>.

### 3. El régimen tributario de la cesión de créditos.

La cesión de créditos es una operación de tráfico jurídico que puede tributar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales<sup>47</sup> o por el Impuesto sobre el Valor Añadido, según se realice en el ámbito civil o mercantil. En este sentido se ha mantenido que: «La autorización de un promotor a

<sup>45</sup> Incorporación del derecho al documento; función legitimadora del título valor para su titular en base a una presunción legal de certeza; literalidad del derecho de crédito cartular contenido en el documento; autonomía de la posición del tenedor del título.

<sup>46</sup> Lo que nos lleva a señalar las diferencias jurídicas y fácticas entre la cesión ordinaria del crédito propia del *factoring* y la transmisión del crédito: a) la cesión de créditos se produce en aquellos casos en que la cesión se realiza *pro solvendo*, sea por existir una cláusula salvo buen fin o por cualquier otra de efectos similares (*factoring* de servicios o con recurso); b) la transmisión de créditos alude a los supuestos en los que la cesión constituye una dación en pago; esto es, una cesión *pro solvendo*, de manera que con la citada transmisión se entiende cumplida definitivamente la obligación que incumbía al cedente (*factoring* financiero o sin recurso); ésta es la operación regulada en los artículos 1.526 y ss. del Código Civil y que este ordenamiento equipara a la venta.

<sup>47</sup> Artículo 7.1.A); 10.1; 11.1. c) y 45.1. B). 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.



un constructor para que éste último cobre las facturas correspondientes a las obras que va ejecutando, en la cuenta de préstamo concedida al primero (promotor) por una entidad bancaria, no puede calificarse de cesión de crédito. Se trata de un acuerdo acerca del modo de pago de las obras ejecutadas que se van recibiendo, y que no se haya sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales»<sup>48</sup>.

Por tanto, la no sujeción en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, lleva a la sujeción del Impuesto sobre el Valor Añadido<sup>49</sup>. Y como idéntico supuesto se puede presentar en las relaciones del constructor con sus proveedores, el criterio administrativo antes señalado es de plena validez en su aplicación. **Las cesiones de crédito están exentas cuando son operaciones financieras, pero** «las exenciones de la Ley y Reglamento del Impuesto sobre el valor Añadido respecto a la actividad de financiamiento de la actividad económica, se circunscribe a las de tráfico mercantil, y se extienden, tanto al ámbito empresarial, como al consumidor final de la financiación. Y **no alcanzan a aquellos servicios accesorios, comunes en el mundo de los negocios, pero no imprescindibles a la actividad financiera**»<sup>50</sup>.

En las operaciones y contratos del caso, la cesión de créditos se produce por la transmisión de facturas y pagarés nominativos que los proveedores del constructor hacen a la entidad *factoring*. Pero, con independencia del régimen tributario de la cesión de crédito, quedan sujetas y no exentas las actividades de servicios anexos o accesorios a los estrictamente de financiación que el prestador del servicio (constructor) o el prestatario (proveedor) del mismo, puedan encargar o no a terceras personas (factor): gestiones de cobro de créditos, letras de cambio, recibos, facturas..., gestiones realizadas por personas distintas (factor) a las que se conceden el crédito o préstamo.

En este sentido, se pronunciaron los intervinientes en las Jornadas sobre el IVA cuando respondieron a preguntas sobre el alcance de las exenciones y la transmisión de préstamos o créditos, de la siguiente forma: «Según la naturaleza del Impuesto y lo establecido en la Ley General Tributaria, *¿cabe suponer que las **operaciones financieras** que específicamente no se recogen en el apartado 18 del artículo 13.1 como exentas, quedan sujetas?*

- Las categorías que recogen la Ley y el Reglamento (aunque éste sea más concreto) son lo suficientemente genéricas como para que cualquier tipo de operación financiera pueda encuadrarse o asimilarse a alguna de ellas. Un repaso a las operaciones activas de una Entidad financiera nos afirman en esta actitud.

Sin embargo, en materia de exenciones, la interpretación de la norma ha de ser necesariamente restrictiva: las operaciones exentas son las tasadas en la Ley y no más. Si existiese alguna operación no asimilable a las categorías genéricas exencionadas en la Ley o el Reglamento del IVA, evidentemente, quedaría sujeta.

<sup>48</sup> Resolución del TEAR de Valencia de 30 de abril de 1996.

<sup>49</sup> Artículo 7.5, párrafo primero del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

<sup>50</sup> Alicia MARTÍNEZ. *Jornadas sobre el IVA. Ponencias y cuestiones*. Delegación de Hacienda Especial de Madrid. Cámara de Comercio e Industria de Madrid. 1986, pág. 89.



Me preguntan aquí que si, en virtud de la exención que hay para la transmisión de **préstamos o créditos**, estaría exento un sujeto pasivo del IVA que vende habitualmente sus créditos a una sociedad de *factoring* o financiera. *¿Puede llegar a constituir una actividad diferenciada que dé lugar a la aplicación de la regla de prorrata?*

- Ésta es la problemática de las sociedades de *factoring*, o sea, o hay una operación de descuento o de gestión de cobro de los efectos, con la misma contraposición en su tratamiento que hay en el ITE: las operaciones pueden ser o un servicio, que es lo que es propiamente gestión de cobro, o una operación financiera. Esto que se dice aquí de que vende, supongo que será que cede definitivamente o que tiene lugar una operación de descuento en cuyo caso estaría exenta, lo haga la sociedad de *factoring*, o la haga, en definitiva, un banco. Si lo que hay es una entrega de los efectos para que la sociedad de *factoring* se haga cargo del cobro, es cuando no hay exención»<sup>51</sup>.

#### 4. El régimen tributario de las prestaciones de servicios.

Para que los servicios de mediación en las operaciones financieras estén exentos, es precisa la conexión directa o indirecta de los servicios con una operación cuya verdadera naturaleza jurídica sea financiera, porque, en otro caso, no gozarían del beneficio fiscal. Y ello es así porque la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones financieras se produce por su naturaleza, cualquiera que sea la persona o entidad que las realice, siempre que tenga la condición de empresario o profesional (sea o no entidad bancaria). De ahí la necesidad de analizar la naturaleza de la cesión de crédito que incorporan los contratos de *confirming-factoring* comprobados con la intensidad y el detalle con que lo hemos hecho en páginas anteriores. **Porque si la operación principal (cesión de crédito en el *factoring*), por ser financiera, está exenta, los servicios de mediación también lo están. En caso contrario, no.**

Es opinión unánime que el artículo 20.Uno.18. e) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido reconoce como operaciones exentas «la transmisión de préstamos o créditos», en las que se incluyen el *factoring* o cesión de créditos mediante precio, cuando determine la transmisión de titularidad de los créditos cedidos. Esta transmisión se produce cuando el adquirente (factor) asume el riesgo y ventura de la insolvencia del deudor (constructor). Además, se reconoce la exención de los préstamos o créditos instrumentados mediante anticipos de fondos sobre el importe de créditos cedidos en comisión de cobranza.

Pero no están exentos los servicios de gestión de cobro prestados por empresarios actuando en el ejercicio de su actividad (constructor) en relación con créditos de titularidad ajena (proveedor) recibidos en comisión de cobranza (por el factor). En efecto, el artículo 11.2.15.<sup>a</sup> de la Ley del

<sup>51</sup> *Jornadas sobre el IVA. cit.*, pág. 126.

Impuesto sobre el Valor Añadido reconoce la sujeción no exenta dentro de las prestaciones de servicios, a las operaciones de mediación cuando (constructor) se actúe en nombre propio y medie en una prestación de servicios (junto al factor), se entenderá que ha recibido y prestado por sí mismo los correspondientes servicios.

Y el número 16.<sup>a</sup> del mismo artículo 11 punto 2 sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido «el suministro de productos informáticos específicos...Se considera productos específicos los de esta naturaleza que hayan sido producidos previo encargo del cliente».

El examen del contenido de los contratos de *confirming-factoring* evidencian (cláusula 5.1) la obligación del cliente (constructor) de enviar al factor un disquete informático con los datos necesarios para la identificación de cada una de las facturas, y con las características informáticas que se detallan (especifican) en el Anexo III. Y el Anexo III dice que «de acuerdo con lo estipulado en el contrato de Prestación de servicios...le notifican la remesa de facturas (datos) de proveedores conformadas...acompañamos diskette informático con desglose de datos anteriores».

## 5. Las operaciones de *factoring* como sector diferenciado.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha modificado parcialmente el artículo 9. 1.º c) de la Ley 37/1992, de 20 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido<sup>52</sup>. Esta modificación legal ha creado, como un nuevo sector diferenciado, el de las operaciones de cesión de créditos o *factoring*. De esta forma, se da un adecuado régimen de deducciones de posible aplicación por aquellos sujetos pasivos que, además de sus actividades empresariales o profesionales, realicen operaciones de *factoring*.

Las operaciones de *factoring* abarcan las realizadas por el cedente (proveedor) como las del cesionario (factor). En nuestro caso, las operaciones sólo las realiza el factor cesionario, pero en modo alguno, los proveedores cedentes del crédito. El nuevo régimen (exención, cálculo de la pro-rata, régimen de deducciones...) como sector diferenciado del *factoring*, sólo es aplicable al *factoring* financiero o sin recurso, pero no al *factoring* servicios o con recurso, en los términos reiterados en este comentario<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> «A los efectos de lo dispuesto en el artículo 155 de esta Ley, se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional los siguientes:...d) Las operaciones de cesión de créditos o préstamos».

<sup>53</sup> PAULET y SANTANDREU. *El diccionario de economía y empresa*. Ediciones Gestión 2000. Barcelona, recoge los términos: **Forfaiting** (equivale a ceder derechos; supone la compra de letras de cambio, créditos documentarios o cesión de una operación sin recurso, es decir, el aceptante de la operación asume el riesgo del crédito en forma implícita). **Confirming** (modalidad de financiación de operaciones que se efectúan como operación sin recurso). **Factoring** (cesión que una empresa hace a un intermediario financiero denominado factor, sobre el derecho de cobro de los créditos concedidos a los clientes, a un coste establecido de antemano, pudiendo asumir, o no, el riesgo de la operación).

## VI. CONCLUSIONES

**Primera.** Entre las fórmulas de financiación de las empresas del sector inmobiliario, parece que se están incorporando las operaciones de *confirming* y *factoring*.

**Segunda.** El principio de libertad de pactos que rige en nuestro ordenamiento jurídico permite que las operaciones de *confirming* y *factoring*, aisladas o conjuntas, se formalicen y documenten en contratos únicos, complejos, atípicos, incluso fiduciarios que originan múltiples relaciones jurídicas expresivas de los derechos y obligaciones recíprocas entre las partes contratantes.

**Tercera.** En general, las operaciones y el contrato de *confirming*, solo o integrado con el *factoring*, tiene una mera función instrumental, accesoria o previa de facilitar la prestación de servicios de mediación para la realización de operaciones y contratos principales de *factoring*.

**Cuarta.** La función económica de una operación y verdadera naturaleza jurídica de un contrato de *factoring* es la cesión o transmisión de un crédito.

**Quinta.** La causa, el objeto y los efectos jurídicos de la cesión o transmisión de crédito a que da lugar la ejecución de la operación y contrato de *factoring*, permite distinguir entre *factoring* sin recurso o financiero y *factoring* con recurso o de servicios.

**Sexta.** a) Si en la cesión o transmisión del crédito, el cesionario (factor), al adquirir la titularidad del crédito del cedente (proveedor), asume de forma pura y simple el riesgo de la insolvencia del deudor (constructor), de manera que si el deudor principal y único (constructor) no paga el importe parcial o total del crédito, el factor-cesionario no pueda, de derecho ni de hecho, intentar siquiera el cobro del crédito del proveedor-cedente del mismo, la operación y el contrato de *factoring* es financiera o sin recurso.

b) Pero si el cesionario (factor) asume el riesgo de la insolvencia del deudor principal y único (constructor) de manera limitada o condicionada, de forma que si el deudor no le paga todo o parte del crédito, puede, de derecho o de hecho, intentar cobrarlo del cedente (proveedor), la operación y el contrato de *factoring* es con recurso o de servicios.

**Séptima.** a) En los contratos-muestra examinados se pone de relieve, en uno de ellos, que las operaciones de *confirming-factoring* que documentan son sin recurso o financieras porque las técnicas operativas y negociales documentadas de que goza el cesionario (factor) ante su cliente por *confirming* (constructor) le permiten asumir su insolvencia frente al cesionario (proveedor) por *factoring*, de manera absoluta, pura y simple (*factoring* financiero o sin recurso).

b) En otro de los contratos examinados, el cesionario (factor) pacta y comunica la asunción del riesgo de la insolvencia del deudor único y principal (constructor), en los términos y condiciones de los posibles contratos de *factoring* a celebrar con sus proveedores. Y en estos con-

tratos y sus Anexos de *factoring* celebrados, aparecen contenidos y cláusulas de estilo («la cesión de crédito se condiciona a su buen fin») que desnaturalizan la verdadera naturaleza jurídico financiera o sin recurso del *factoring*, transformándolo en prestaciones de servicios (*factoring* con recurso o de servicios).

**Octava.** Las normas tributarias reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido reconocen la exención de las operaciones financieras tipificadas en ellas, así como las operaciones de mediación para su realización. Entre las operaciones financieras exentas se incluyen las verdaderas, en términos jurídicos, de *factoring* sin recurso o financiero. Y entre las de mediación exentas, todas aquellas necesarias para su conclusión y formalización.

Pero esta exención no alcanza a las operaciones que, no obstante el nombre dado por las partes del contrato y la producción de una cesión o transmisión de un crédito, su verdadera naturaleza jurídica responde a operaciones de prestación de servicios o *factoring* con recurso; así como tampoco a las prestaciones de servicios de mediación que las facilitan.

**Novena.** En la práctica, y a los efectos de posibles regularizaciones tributarias voluntarias por las empresas del sector de hechos anteriores, y en lo sucesivo, es preciso comprobar el contenido del contrato de *confirming-factoring* suscrito o a suscribir con las Entidades financieras y las operaciones a que puede dar lugar su ejecución.

Si su verdadera naturaleza y efectos jurídicos es la transmisión de un crédito entre el proveedor cedente y el factor cesionario, con el alcance y finalidad expuestos para el *factoring* sin recurso o financiero, las operaciones son financieras exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido. Si no es así, estamos ante un *factoring* con recurso o de servicios sujeto y no exento del Impuesto sobre el Valor Añadido. El mismo tratamiento tributario tienen los servicios de mediación o cualesquiera otros para su realización.

**Décima.** En el supuesto de *confirming-factoring* con recurso o de servicios, las empresas del sector sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, en su condición de sujetos pasivos, deben repercutir la cuota del Impuesto calculada al tipo impositivo vigente en el momento de la operación sobre el importe total de la contraprestación recibida (intereses más comisiones); emitir la correspondiente factura por prestación de servicios y cumplir las demás obligaciones tributarias materiales y formales establecidas en las normas del Impuesto.

**Undécima.** En la actualidad, y para el futuro, el reconocimiento legal de las operaciones de *factoring* financiero o sin recurso como sector diferenciado de actividad, puede permitir a las empresas del sector la posibilidad de beneficiarse de la rentabilidad de su empleo dentro del mismo grupo empresarial, con o sin incorporación de Entidad financiera de *factoring* propia.