

## EL CONTRATO DE FORFAITING COMO ESTÍMULO A LA EXPORTACIÓN<sup>♦</sup>

María Elisa Camacho<sup>2</sup>

### **Resumen**

A través de este estudio, se pretende hacer un primer acercamiento al contrato de *forfaiting*, identificando sus principales características, algunas de sus ventajas y desventajas para las partes que intervienen en el negocio y las diferencias fundamentales con el contrato de *factoring* de exportación, al cual viene asimilado con frecuencia; buscando con ello suscitar interés por esta figura desconocida en nuestro ordenamiento jurídico y dar un primer paso hacia el desarrollo de un estudio más profundo de la materia.

**Palabras clave:** *forfaiting*, *factoring* de exportación, carta de crédito, garantía a primera demanda

### **Abstract**

Through this study, it is look to make a first approach to *forfaiting* contract, identifying their main features, some of their advantages and disadvantages for the parties involved in the business and the fundamental differences between *forfaiting* and export *factoring*, which is often assimilated, seeking thereby stimulate interest in this unknown figure in our legal system and take a first step toward developing a deeper study of the subject.

**Key words:** *forfaiting*, export *factoring*, letter of credit, first demand guarantee.

---

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 9 de abril de 2013 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 6 de junio de 2013, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Este artículo hace parte de los resultados de la Línea de Investigación de “Contratos y Consumo” del Grupo de Investigación “Derecho Comercial Colombiano y Comparado” de la Universidad Externado de Colombia registrado ante Colciencias.

<sup>2</sup> Abogada y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Master di secondo livello in Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto. Università degli Studi di Roma II "Tor Vergata". Doctora del programa de Doctorado Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell'Integrazione. Università degli Studi di Roma II "Tor Vergata".  
[Maria.camacho@uexternado.edu.co](mailto:Maria.camacho@uexternado.edu.co)

**Sumario**

<b>Introducción .....</b>	<b>160</b>
<b>I. Descripción de la operación.....</b>	<b>161</b>
<b>A. Periodo precontractual: .....</b>	<b>162</b>
<b>B. Periodo de opción: .....</b>	<b>163</b>
<b>C. Periodo de compromiso: .....</b>	<b>164</b>
<b>II. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS .....</b>	<b>165</b>
<b>A. Documentos comerciales:.....</b>	<b>165</b>
<b>B. Transferencia de los documentos sin responsabilidad:.....</b>	<b>167</b>
<b>C. Garantía sobre los documentos negociados: .....</b>	<b>169</b>
<b>III. Diferencias respecto del factoring de exportación.....</b>	<b>173</b>
<b>IV. Conclusiones.....</b>	<b>175</b>

## Introducción

Aunque en un principio se creyó que la crisis económica vivida por la mayoría de países europeos y por Estados Unidos no alcanzaría a los países de América Latina, el tiempo demostró lo contrario, pues se desaceleró el crecimiento sostenido de la región, que entre los años 2003 y 2008 había significado un incremento conjunto del 29,76% del PIB y del 22,11% de la renta per cápita<sup>3</sup>.

En opinión de algunos autores, la prosperidad que experimentada por los países latinoamericanos en ese periodo provenía del incremento de las exportaciones y de la valorización de las materias primas y las *commodities*, como consecuencia de la burbuja especulativa sobre esos bienes, por lo que al estallar la crisis económica, los precios de dichos bienes descendieron en forma drástica afectando así el ingreso proveniente de las exportaciones<sup>4</sup>.

Ante este panorama poco favorable a las economías de nuestros países, sobre todo en lo relacionado con las exportaciones, resulta adecuado valorar la posibilidad de implementar mecanismos alternativos a los métodos tradicionales para financiar negocios internacionales, con el objetivo de establecer si estos son susceptibles de practicarse y con ello estimular las exportaciones de los países latinoamericanos.

Fue esta la inquietud nacida con la temática propuesta para las “Primeras Jornadas de Jóvenes Investigadores”, cuyo tema central fue la incidencia de la crisis económica en nuestros países, y que nos condujo al análisis de un negocio jurídico que a pesar de no ser nuevo en el ámbito internacional es, podría decirse, prácticamente desconocido en nuestro ordenamiento jurídico y probablemente también en nuestro mercado.

Nos estamos refiriendo al *forfaiting*, cuyo origen se remonta a los años subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial, cuando algunos institutos de crédito de Zúrich emplearon esta figura para financiar el suministro de grano por parte de Estados Unidos a algunos países de Europa del Este<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Anuario Estadístico 2009*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2010, pp. 79-80, y elaboración del autor, citado en Antonio MARTÍNEZ GONZÁLEZ. *La crisis económica y financiera en los países de América Latina y del Caribe*, en Congreso Internacional: 1810 – 2010: 200 años de Iberoamérica, p. 2889. [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/27/37/PDF/AT20\\_Martinez.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/27/37/PDF/AT20_Martinez.pdf). En Informe más reciente, la CEPAL indicó que la región finalizaría el año 2012 con una expansión de su producto interno bruto (PIB) del 3,1%, mayor al crecimiento mundial esperado (2,2%), aunque menor al 4,3% obtenido en 2011, lo que demuestra que la crisis económica global tuvo un impacto negativo pero no dramático en el continente; ver <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/5/48595/P48595.xml&base=/tpl/top-bottom.xsl>.

<sup>4</sup> Cfr. JACQUES GINESTA. *La actual crisis económica mundial y algunas de sus consecuencias políticas*, en: <http://www.icedep.ifch.ufrgs.br/actual.pdf>

<sup>5</sup> Cfr. MARGHERITA PITTALIS. *Credito all'esportazione e forfaiting*, Padova, Cedam, 1994, p. 3. Para Osvaldo J. MARZORATI. *Derecho de los negocios internacionales*, 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 533,

Posteriormente, a finales de los años cincuenta, la figura se expandió a algunos países de África, Asia y América Latina, teniendo un notable incremento en las actividades dirigidas a la financiación de bienes instrumentales<sup>6</sup>, como también a la ejecución de obras y servicios<sup>7</sup>.

En enero del presente año fueron expedidas por la Cámara de Comercio Internacional las Reglas Uniformes del *Forfaiting* (URF 800), por medio de las cuales se pretende armonizar la práctica de esta operación, como también evitar los conflictos que puedan surgir de su estipulación, y facilitar su resolución<sup>8</sup>.

Dicha herramienta seguramente incidirá en la promoción de este negocio, el cual puede constituir una alternativa adecuada para aumentar las exportaciones.

A continuación haremos entonces una descripción de la figura, analizaremos sus principales elementos y características, para finalizar con una exposición sobre las diferencias con otro contrato al cual viene generalmente asimilado.

## I. Descripción de la operación

El término *forfaiting* proviene de la locución francesa ‘à forfait’<sup>9</sup> que significa destajo, ajuste que se hace sobre una cosa que se toma a pérdidas o ganancias<sup>10</sup>.

El *forfaiting* es un contrato por medio del cual el exportador cede sin responsabilidad a un banco, el cual adquiere en virtud del contrato la denominación de *forfaiter*, los títulos negociables u otros documentos en los cuales se encuentra contenida la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del importador, títulos que a su vez se encuentran garantizados por otro establecimiento de crédito de confianza del importador.

---

“el método de financiación à forfait es resultado de los cambios que sobrevinieron en la estructura económica mundial a partir de 1960, cuando el mercado vendedor de bienes de capital se fue transformando gradualmente en un mercado comprador. El comercio internacional se expandió y fue acompañado por una creciente tendencia de los importadores a demandar períodos de crédito que superaban los noventa o ciento ochenta días tradicionales. Se abrieron nuevos mercados en un momento en que los exportadores realizaban fuertes inversiones que les impedían financiar créditos de proveedores a mediano plazo con fondos propios, y los bancos tampoco podían ofrecerles ese tipo de financiación. Asimismo, el comercio con los países del bloque soviético necesitaba de nuevas formas de financiación para poder realizarse”.

<sup>6</sup> Cfr. Asscodes & Asmer International. Instrumentos Financieros del Comercio Internacional, Madrid, Fundación Confemetal, 1999, p. 143.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Las cuales serán estudiadas en un próximo análisis de la materia.

<sup>9</sup> Cfr. MARGRITH LÜTSCHG. “Forfaiters and Credit Insurers – Co-operation or competition?”, en *Credit Control*, p. 27; FRANCIS CHERUNILAM. *International Business*, New Delhi, PHI Learning Private Limited, 2010, p. 367, quien reconoce también el origen de la locución francesa, entendiéndola más claramente como cesión de derechos.

<sup>10</sup> *Diccionario Universal, Francés-Español*, dir. por D. Ramón Joaquín Domínguez, t. I, Madrid, 1845, p. 509.

De esta manera, el exportador recibe en forma anticipada el valor total de los bienes que ha exportado previa deducción de una tasa de interés sobre los títulos que transfiere al *forfaiter*, sin tener que esperar al vencimiento de ellos, pero además, traslada el riesgo del incumplimiento de las obligaciones contenidas en dichos títulos al banco *forfaiter*, quien en principio asume el riesgo del impago de los títulos que ha adquirido<sup>11</sup>.

Por su parte, el *forfaiter* adquiere una serie de títulos que son garantizados por un banco del país del importador, y que puede exigir directamente al importador, o negociar en el mercado teniendo en cuenta que se trata de títulos que por sus características, principalmente por el hecho de representar monedas fuertes, son de fácil negociabilidad entre el público inversionista.

En cuanto al importador, el negocio de *forfaiting* le permite adquirir bienes o servicios cuyo pago puede realizar por instalamentos, de manera que también facilita la adquisición de bienes producidos por empresarios extranjeros.

Como se aprecia, hay un contrato subsumido en el *forfaiting*, o mejor, presupuesto de este, cual es un negocio internacional, por lo general de aquellos que consisten en el suministro de bienes de capital o *commodities*<sup>12</sup>, como también contratos dirigidos al desarrollo de proyectos a largo plazo.

De acuerdo con esta breve descripción del *forfaiting*, en la doctrina se identifican cuatro etapas relacionadas con toda la operación. Veamos.

#### **A. Periodo precontractual:**

Por lo general, lo que ocurre en la práctica, de acuerdo con la experiencia que de este contrato se tiene en algunos países<sup>13</sup>, es que el exportador, su banco, o el importador, antes de celebrar el negocio internacional de suministro o prestación de servicios, busca en su país un establecimiento de crédito que se encuentre autorizado para llevar a cabo operaciones de *forfaiting*, indicando las características del negocio de suministro que pretende celebrar, informando el nombre del importador, el país del importador, la clase de bienes que se van a suministrar, el valor de los mismos, la clase de documentos en los

---

<sup>11</sup> En este sentido MICHAEL R. CZINKOTA y ILKKA A. RONKAINEN. *Marketing internacional*, México, Cengage Learning, 2008, p. 377.

<sup>12</sup> Cfr. KENDALL P. HILL y MURAT N. TANJU. "Forfaiting: What finance and accounting managers should know", en *Financial Practice and Education*, Fall/Winter, 1998, p. 58.

<sup>13</sup> En este sentido RICCARDO M. STRIANO. "Forfaiting as a Risk Mitigation and Sales Tool", en *Business Credit*, November/December 2000, y MARGHERITA PITTALIS. *Credito all'exportazione e forfaiting*, Padova, Cedam, 1994, p. 15. Sin embargo, parece que en opinión de otros autores, como es el caso de GIOVANNI BAUSILIO. *Contratti atipici, Disciplina civilistica e trattamento fiscale*, Padova, Cedam, 2002, p. 82, no es necesario que esta etapa preliminar tenga lugar incluso antes de la celebración del negocio internacional, pues al describir la operación dicen que en primer lugar se estipula un contrato de suministro entre dos empresas, la exportadora y la importadora, después de lo cual un instituto de *forfaiting* se obliga a descontar.

cuales será contenida la obligación a cargo del importador, como también la entidad crediticia que garantizará esos documentos, etc.

La importancia de esta primera etapa radica en que según la información que provee el exportador o el importador al *forfaiter*, este último evaluará los riesgos inherentes a la realización de sus créditos, es decir de aquellos que va a adquirir, analizando entonces la solvencia económica del importador, como también el riesgo monetario y el así llamado riesgo país, para establecer de esa manera los costos de la operación.

Dentro de dichos costos se identifican por lo general dos rubros: 1) el uno consiste en una comisión exigible, en primer lugar, por el periodo durante el cual el *forfaiter* mantuvo su oferta, la cual es pagadera al momento de la aceptación de la oferta por parte del exportador, y en segundo lugar, por el periodo de compromiso o disponibilidad, denominada, por esta razón, comisión por disponibilidad (*commitment fee*)<sup>14</sup>; 2) el segundo rubro corresponde a la tasa de descuento o de interés (*discount rate*) que el *forfaiter* deduce del valor nominal de los títulos al momento de la verdadera y propia adquisición de los mismos, y es precisamente para efectos de su determinación que el exportador da la información señalada en esta primera etapa de la operación, tal como lo comentan algunos autores<sup>15</sup>.

## B. Periodo de opción:

Este segundo periodo inicia con la formulación de una oferta por parte del *forfaiter* al exportador, y se extiende hasta el momento en el cual se le da noticia al *forfaiter* sobre la celebración del negocio internacional entre el exportador y el importador.

Durante este periodo el *forfaiter* queda vinculado por los términos de su oferta al exportador.

Su denominación como “periodo de opción”, por parte de un sector doctrinario, nos genera inquietud respecto de las diversas configuraciones que podría tener este negocio jurídico en dicha etapa, pues se podría considerar que más que una simple oferta, en el fondo lo que ocurre es que se acuerda una verdadera opción de compra a favor del *forfaiter*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. JOSÉ DE JAIME ESLAVA y DIEGO GÓMEZ CÁCERES. *Financiación internacional de la empresa*, Madrid, Esic, 2006, p. 122, identifican los mismos costos, agregando una comisión de penalización que se cobra cuando el exportador no presenta los documentos a descontar en el período convenido para ello y siempre que se haya establecido previamente. Esta comisión compensa al banco de los gastos efectuados y que no recupera en caso de no realizar el descuento.

<sup>15</sup> Para PITTALIS. *Credito all'esportazione e forfaiting*, cit., p. 23, el valor de descuento sobre los títulos es el rubro más relevante de la operación y es determinado por el *forfaiter* de acuerdo con la información suministrada por el exportador o el importador, relativa a los riesgos de realización del crédito sin posibilidad de ajustes en el curso del entero periodo de dilación de los efectos.

<sup>16</sup> Sin embargo, la misma autora que emplea esta expresión aclara que no se puede hablar realmente de un contrato de opción en sentido técnico, pues aunque por una parte el objeto representado por los títulos a transferir es por lo menos determinable, el interés que se pagará al *forfaiter* no es determinado con efectos

Sin embargo, otra alternativa sería considerar que se trata simplemente de una oferta de compra por parte del *forfaiter*, la cual se concreta en el negocio de *forfaiting* cuando es aceptada por parte del exportador, quien probablemente procederá a ello cuando el negocio con el importador se haya perfeccionado.

La última alternativa probable sería configurar el *forfaiting* en su primera etapa como un negocio jurídico condicionado, tratándose en este caso de una condición suspensiva, consistente en el perfeccionamiento del negocio internacional celebrado entre el importador y el exportador.

### C. Periodo de compromiso:

Este tercer periodo va desde el momento a partir del cual el *forfaiter* recibe la noticia de la celebración del negocio internacional entre el importador y el exportador, hasta el efectivo descuento de los títulos que le son transferidos al *forfaiter*, lo cual ocurre inmediatamente después de la expedición de las mercancías al importador.

Se puede apreciar cómo, a medida que transcurren las diversas etapas del negocio de *forfaiting*, así mismo se va desarrollando el negocio internacional que, se podría decir, constituye su fundamento; ambos negocios se despliegan paralelamente.

Así pues, una vez celebrado el contrato entre el exportador y el importador, en el que por lo general es pactado el pago de un porcentaje del 15% de los bienes suministrados en forma coetánea a la estipulación de dicho contrato, se expiden los documentos que representan el valor restante del suministro, los cuales podrán tener plazos distintos, e ir desde los seis meses hasta los cinco años<sup>17</sup>.

Posteriormente estos documentos son presentados al *forfaiter*, quien paga su valor al exportador, con la tasa de descuento que hayan convenido. De esta manera el exportador obtiene con el embarque de las mercancías su valor, el cual es pagado por el *forfaiter* contra entrega de los documentos emitidos por el importador, quien recibirá la mercancía de acuerdo con lo pactado<sup>18</sup>.

Pueden también expedirse títulos predispuestos a los que les falta la prueba del embarque de las mercancías, como también la fecha de emisión que normalmente coincide con la de embarque y de vencimiento. “Estos títulos son depositados en algún establecimiento de crédito de confianza del exportador o del *forfaiter*, que diligencia los documentos que

---

vinculantes para este, ya que se pueden recalcular discrecionalmente en vía definitiva al acto de la verdadera y propia cesión; cfr. PITTALIS, ob. cit., p. 18, nt. 46.

<sup>17</sup> Para BAUSILIO. *Contratti atipici*, cit., p. 82, los títulos deben tener un vencimiento que de norma no es inferior a los seis meses y no es superior a los cinco años, si bien puede llegar a los 7 años; así por ejemplo lo explica GREG BERNARDI. “American exporters discover forfaiting: Old technique, new opportunities”, en *Trade Finance 2007: An abundance of resources*, September 2007, p. 24.

<sup>18</sup> Cfr. MARZORATI. *Derecho de los negocios internacionales*, cit., p. 533.

comprueban el efectivo embarque, verifica la presencia de las autorizaciones y permisos eventualmente necesarios y los transfiere de últimas al *forfaiter* que los adquiere acreditando al exportador su monto, deducida la tasa de interés pactada”<sup>19</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS

### A. Documentos comerciales:

La primera característica del contrato de *forfaiting* se refiere al tipo de documentos que son negociados por parte del empresario exportador al *forfaiter*, es decir, los documentos en los cuales se incorporan, o se hacen constar, los créditos a favor del exportador, emitidos a su vez o reconocidos por el empresario importador<sup>20</sup>.

Nos referimos en forma genérica a documentos comerciales, porque estos pueden ser de diversos tipos, aunque por regla general se negocian títulos valores de contenido crediticio.

A continuación analizaremos la naturaleza de los documentos negociados en el contrato de *forfaiting*.

#### 1. Títulos valores de contenido crediticio

Los títulos valores de contenido crediticio son los documentos comerciales típicos objeto de la operación de *forfaiting*.

A su vez, dentro de esta categoría son usadas frecuentemente las letras de cambio y los pagarés.

Tratándose de las letras de cambio, estas pueden ser giradas por el exportador, para la aceptación del importador, o pueden ser giradas a cargo del mismo girador (art. 676 C.Co.), cuando es el mismo importador quien crea la letra de cambio.

En ambos casos se podrán elaborar varias letras de cambio, cada una de las cuales deberá contener –además de los requisitos esenciales de todo título valor, de acuerdo con el art. 621 C.Co., es decir: 1) la mención del derecho que en el título se incorpora, que en el caso del negocio internacional corresponderá al valor de las mercancías suministradas o de los servicios prestados, y que en su totalidad representará aproximadamente el 85% del valor total, el cual será distribuido en varias letras de cambio, y 2) la firma de quien lo crea, ya sea la del exportador o la del importador– los elementos propios de la letra de cambio (art. 671 C.Co.).

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 533.

<sup>20</sup> Cfr. J. DE JAIME ESLAVA y D. GÓMEZ CÁCERES. *Financiación internacional de la empresa*, p. 115.

Dentro de los elementos propios de la letra de cambio interesa destacar: 1) el nombre del girado, es decir, del aceptante de la orden incondicional de pago, quien en el caso del negocio internacional será el importador, y 2) la forma del vencimiento, la cual por lo general será distinta para cada una de las letras de cambio. De tal forma que una sea pagadera a los seis meses siguientes a la expedición de la mercancía, otra al año siguiente, y así sucesivamente.

El otro título valor de contenido crediticio comúnmente empleado para su descuento por parte del *forfaiter* es el pagaré. En este caso, el suscriptor o el otorgante será el importador, quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 710 C.Co., se equipara al aceptante de una letra de cambio.

De la misma forma que la letra de cambio, el pagaré deberá reunir los requisitos previstos para todos los títulos valores, y aquellos especiales del pagaré.

## 2. Cartas de crédito

Un segundo tipo de documentos susceptibles de constituir el objeto del contrato de *forfaiting* son las cartas de crédito, en la medida en que los créditos que surgen del negocio internacional pueden ser representados también a través de las mismas.

Ello ocurre cuando la prestación a cargo de una de las partes, en este caso, la prestación a cargo del importador de pagar las sumas de dinero correspondientes al suministro de bienes o a la prestación de servicios, es encargada a un establecimiento de crédito en virtud del contrato de crédito documentario, entendido como aquel por medio del cual un banco se compromete a pagar una suma de dinero a favor de un beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con las condiciones establecidas, debido a la solicitud hecha por otra persona que será el cliente del banco<sup>21</sup>.

De ese contrato de crédito documentario nace como documento típico la carta de crédito, la cual no es identificada como un título valor por el hecho de carecer de algunas de las características propias de este<sup>22</sup>.

Así por ejemplo, en cuanto al principio de la incorporación del derecho de crédito al documento, el cual despliega diversos efectos, como por ejemplo la necesidad de presentar el documento original para poder ejercer el derecho, este no se verifica en el caso de las cartas de crédito, respecto de las cuales se puede llegar a admitir el pago del crédito con base en una copia existente, sin exhibición de la carta original, situación que no invalida el pago efectuado por el banco<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. arts. 1408 a 1415 C.Co.

<sup>22</sup> En este sentido, cfr. el interesante y completo análisis de las diferencias entre ambas figuras en SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO. *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, Bogotá, Legis, 2004, p. 569.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 570.

Pero la diferencia fundamental entre estos dos tipos de documentos radica en su forma de transferencia, pues mientras en el caso de los títulos valores esta se produce por medio del endoso, el cual asume a su vez diversas características de acuerdo con el título valor del cual se trate, en el caso de las cartas de crédito su transferencia se produce como consecuencia de la cesión.

Ahora bien, en cuanto a la transferencia de las cartas de crédito, resulta oportuno advertir, tal como lo hacen algunos autores, la necesidad de distinguir entre la transferencia del crédito documentario y la transferencia del derecho que surge como consecuencia del crédito documentario, pues mientras en el primer caso, además de transferirse los derechos contenidos en la carta, se transfieren las obligaciones que conllevan su presentación, constituyendo entonces una cesión de la posición contractual, en el segundo caso se está frente a una cesión de crédito, consistente en el derecho a recibir una cantidad de dinero o de títulos valores por parte de un banco<sup>24</sup>.

Es precisamente esa diferencia entre la forma de transferir los títulos valores y las cartas de crédito la que hace que el empleo de los primeros documentos sea preferido respecto de los segundos; en efecto, mientras el endoso representa una forma de transferencia mucho más expedita, la cesión es reputada en cambio como un mecanismo más lento, sobre todo por el hecho de requerir la notificación o la aceptación del deudor cedido para que la cesión surta sus efectos respecto de terceros.

La diversidad de regulación de la cesión de un país a otro puede constituir también óbice para el empleo de las cartas de crédito en algunos negocios internacionales, como por ejemplo cuando sus efectos pretenden convertirse en objeto del negocio de *forfaiting*.

En opinión de algunos autores, la preferencia por los títulos valores respecto de las cartas de crédito, además de provenir de la sencillez de sus formas, emerge de la posibilidad que ofrecen los títulos valores de subdividir el crédito en una pluralidad de documentos separadamente transferibles, mientras que las cartas de crédito engloban el valor total del crédito en un único documento a nombre del exportador como beneficiario, lo que representa indudablemente una desventaja en términos de negociabilidad del crédito<sup>25</sup>.

#### **B. Transferencia de los documentos sin responsabilidad:**

Una vez identificados los documentos que pueden ser objeto del contrato de *forfaiting*, como también las formas por medio de las cuales se produce su transferencia, analizaremos ahora otra de las características fundamentales de este negocio jurídico, cual es la ausencia de responsabilidad en la transferencia de los documentos por parte del exportador al banco *forfaiter*.

<sup>24</sup> Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, ob. cit., p. 571.

<sup>25</sup> En este sentido PITTALIS. *Credito all'esportazione e forfaiting*, cit., p. 5.

Se trata de uno de los aspectos que reporta mayores ventajas para el exportador que transfiere sus créditos al *forfaiter*, ya que además de resultar satisfecho su crédito en su totalidad –obviamente con la respectiva disminución proveniente de la tasa de descuento acordada– y de manera inmediata, sin tener que esperar al vencimiento de los documentos en los cuales se encuentra contenido su crédito, dicha transferencia la hace sin responsabilidad, de manera tal que el *forfaiter*, en principio, asume el riesgo del impago de los créditos.

Ahora, la ausencia de responsabilidad en la transferencia de los créditos se cristaliza de diversas maneras, de acuerdo con la naturaleza del documento que haya sido transferido.

Así pues, tratándose de títulos valores, los cuales se transfieren a través del endoso, la instrumentalización de esta característica se produce incluyendo la cláusula “sin mi responsabilidad” u otra equivalente, tal como se consagra en el artículo 657 C.Co.<sup>26</sup>.

Cierta inquietud podría generarse en torno a la validez de un endoso sin responsabilidad, cuando los créditos a ser transferidos se encuentran contenidos en títulos valores que tienen la naturaleza de una letra de cambio, debido a la regla prevista en el artículo 678 C.Co. y conforme a la cual la cláusula de exoneración de responsabilidad de la aceptación o del pago por parte del girador de una letra de cambio está prohibida<sup>27</sup>.

Analizada entonces esa norma, a la luz de una letra de cambio girada por el exportador, no se entendería cómo este último podría endosar sin responsabilidad la letra de cambio al *forfaiter*.

Sin embargo, el interrogante planteado es resuelto satisfactoriamente, al establecer que la prohibición prevista en el artículo 678 C.Co. es aplicable cuando en la letra de cambio intervienen tres personas distintas, es decir que uno es el girador, quien se encarga de crear una letra de cambio, para que esta sea aceptada por el girado, quien se obliga a pagar la suma contenida en esa letra de cambio, a favor de un tercer sujeto, quien es el beneficiario o tomador de la letra de cambio, a quien el girador pretende que se pague, habiendo sido esta seguramente su intención al crear la letra de cambio.

Por el contrario, en el caso que nos ocupa, en el que el exportador crea la letra de cambio a la orden del mismo girador, es decir, el exportador tiene a su vez la calidad de girador como también de beneficiario o tomador de la letra de cambio, la

---

<sup>26</sup> Art. 657 C.Co.: “El endosante contraerá obligación autónoma frente a todos los tenedores posteriores a él; pero podrá liberarse de su obligación cambiaria, mediante la cláusula ‘sin mi responsabilidad’ u otra equivalente, agregada al endoso”.

<sup>27</sup> Art. 678 C.Co.: “El girador será responsable de la aceptación y del pago de la letra. Toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad, se tendrá por no escrita”.

prohibición precitada no resulta aplicable pues solo intervienen dos personas en la letra de cambio, el exportador como girador y beneficiario, y el importador como girado<sup>28</sup>.

En el otro escenario en el que se emplea la letra de cambio, es decir, aquel en el cual el título valor es creado por el importador y a cargo del mismo girador, es decir a cargo de él mismo, el interrogante planteado tampoco configura un inconveniente para el endoso sin responsabilidad, pues en este evento “desaparece la responsabilidad del girador, para salir a flote única y exclusivamente la responsabilidad del girado, pues es el mismo girador”<sup>29</sup>.

Por el contrario, estando los créditos del negocio internacional contenidos en cartas de crédito, las cuales se transfieren a través de cesión, esta cesión será “*pro soluto*” y no “*pro solvendo*”, entendiéndose por la primera aquella en la cual el cedente se libera con el simple traspaso de los créditos al cesionario sin tener que responder ulteriormente en caso de que el cesionario no obtenga la satisfacción del crédito adquirido, mientras que por la segunda se entiende aquella en la que el cedente no se libera con la transferencia del crédito sino con la satisfacción del crédito por parte del cesionario<sup>30</sup>.

### C. Garantía sobre los documentos negociados:

En varios apartes del presente análisis hemos advertido que el *forfaiter* asume “en principio” el riesgo del incumplimiento de los créditos contenidos en los documentos que adquiere, debido a la transferencia sin responsabilidad que hace el exportador.

La razón de dicha aclaración radica justamente en esta tercera característica del negocio, consistente en la garantía sobre los documentos negociados, la cual, una vez más, se manifiesta de diversas formas dependiendo en parte del tipo de documentos en los cuales se encuentre contenido el derecho de crédito transferido por el exportador al *forfaiter*.

Así por ejemplo, en el caso de los títulos valores, su garantía típica es el aval, cuya estipulación deberá hacerse de acuerdo con la forma prevista para el mismo, según lo previsto en cada ordenamiento jurídico.

---

<sup>28</sup> Así lo precisa la doctrina, al explicar: “Cuando la letra de cambio sea girada a la misma orden del girador, es decir, cuando girador o tomador o beneficiario son la misma persona, aunque no lo exprese el art. 678, debe entenderse que el girador no tiene la obligación de responder por la aceptación o por el pago, ya que es al mismo tiempo el tomador, o sea el acreedor de la letra de cambio, lo contrario sería un absurdo jurídico; cosa diferente sucede cuando el tomador, o sea el primer beneficiario, ha endosado la letra, caso en el cual sí queda obligado cambiariamente”: LISANDRO PEÑA NOSSA y JAIME RUIZ RUEDA. *Curso de títulos valores*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 222.

<sup>29</sup> Cfr. *ibíd.*, p. 222.

<sup>30</sup> Cfr. GIOVANNI FINAZZI. *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca, “La circolazione del credito”, t. I, Padova, Cedam, 2008, pp. 668 y 716.

En nuestro país, la garantía del aval puede hacerse constar en el título valor mismo, en una hoja adherida a él o en un documento aparte en el que conste la expresión “por aval” u otra equivalente, se identifique plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantiza, y esté contenida la firma de quien lo presta (art. 634 C.Co.).

La otra especie de garantía susceptible de ser pactada es la garantía a primera demanda o a primer requerimiento, la cual es concebida como aquella otorgada por un banco que se obliga a pagar una determinada suma de dinero ante el requerimiento presentado por la persona a favor de la cual ha sido otorgada esta garantía, sin que el banco obligado pueda oponer alguna excepción relativa a la relación causal de la cual surge la obligación principal, que por medio de la carta de crédito se ha querido garantizar.

Aunque entre estos dos tipos de garantías existen importantes similitudes, estas no son iguales.

Dentro de las características que tienen en común el aval y la garantía a primera demanda o a primer requerimiento se encuentra la autonomía de ambas con respecto a la obligación que pretenden garantizar; por ello se dice que la obligación del avalista, como la del sujeto que expide la garantía a primera demanda, es principal para ellos y, por tanto, su exigibilidad no depende, como en el caso de las garantías reales y personales, del incumplimiento de la obligación principal.

Es decir, tanto el aval como la garantía a primera demanda carecen del rasgo de la accesoriedad propia y típica de las garantías reales y personales<sup>31</sup>.

En armonía con lo anterior, se les reconoce a ambas garantías un carácter abstracto o independiente, en el sentido de que la validez de ellas no depende de la validez de la relación obligatoria por la cual se originan, de manera que la nulidad del negocio de base cuya obligación se pretende garantizar a través de estas garantías no afectará la validez de estas últimas<sup>32</sup>.

No obstante, para algunos autores ese carácter independiente no puede ser entendido de manera absoluta en tratándose de la garantía a primera demanda, pues admiten la exclusión

---

<sup>31</sup> En opinión de EISSMANN, la desconexión de la garantía a primer requerimiento del contrato de base es solamente jurídica, pues desde el punto de vista económico, sin la mentada accesoriedad la garantía a primer requerimiento no habría sido emitida; cfr. MIGUEL CERDÁ OLMEDO. *Garantía independiente*, Granada, Comares, 1991, p. 35.

<sup>32</sup> Esta particularidad ha conducido a concebir la garantía a primer requerimiento como una verdadera garantía abstracta, debido a que su ejercicio no requiere ni permite referencia alguna a la causa del negocio de garantía, como tampoco al negocio principal al cual se refiere; en este sentido, RODRÍGUEZ AZUERO. *Contratos bancarios*, cit., p. 504. Sin embargo, en opinión de CERDÁ. *Garantía independiente*, cit., p. 23, esta calificación es inconveniente debido al principio de causalidad que rige en algunos ordenamientos jurídicos como el nuestro, o el español, razón por la cual prefiere adoptar las denominaciones de “garantía automática”, “garantía pura” o “garantía independiente”, para subrayar dos características fundamentales de esta garantía, cuales son la inoponibilidad de las excepciones y la autonomía de la relación jurídica que liga al garante con el beneficiario.

del pago por parte del garante cuando la operación comercial subyacente sea contraria al orden público o el beneficiario reclame el pago con manifiesto abuso o fraude<sup>33</sup>.

Se distinguen en cambio estos dos tipos de garantía, en cuanto a la forma que cada una de ellas debe cumplir para su perfeccionamiento.

Así por ejemplo, en el caso del aval ya vimos cómo este debe hacerse constar en el mismo título valor, en hoja adherida a él o en un documento aparte con la mención de los datos exigidos por la ley. Por el contrario, en cuanto a la forma de la garantía a primera demanda, bastará con que esta sea expresa y conste por escrito.

Otra diferencia identificable entre ambas garantías consiste en que el avalista responde de la misma manera que el avalado<sup>34</sup>, mientras que en la garantía a primera demanda el garante no responde de la misma forma que el sujeto garantizado, e incluso en ocasiones su obligación puede ser superior a la obligación que garantiza<sup>35</sup>.

Pero la diferencia más significativa entre el aval y la garantía a primera demanda gravita en su transferencia, empezando por el hecho mismo de su admisión, pues mientras la transferencia del aval, además de ser plenamente admitida, se produce de manera sencilla con el endoso mismo del título valor, que en el *forfaiting* es efectuado por el exportador al *forfaiter*, sin requerir actos diferentes o adicionales al simple endoso, la posibilidad de transferir una garantía a primera demanda o a primer requerimiento no es pacífica.

La razón por la cual la transferencia de las garantías a primera demanda es discutida radica en el carácter *intuitu personae* que algunos autores atribuyen a dichas garantías, haciéndolas entonces no susceptibles de cesión<sup>36</sup>.

Una posición intermedia es la de quienes admiten la transferencia de las garantías a primera demanda o a primer requerimiento, pero bajo el requisito de su aprobación por parte del banco emisor de la garantía<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. CERDÁ. *Garantía independiente*, cit., p. 50.

<sup>34</sup> Art. 636 C.Co.: “El avalista quedará obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea”.

<sup>35</sup> En este sentido CERDÁ, ob. cit., p. 40, quien afirma: “En efecto, acontece con frecuencia que el objeto de la obligación de garantía es de una mayor extensión que el de las obligaciones del contrato subyacente (garantía *in diuorem*) y las modalidades del pago del garante pueden ser diferentes de las específicas de la obligación del contrato de base”.

<sup>36</sup> Así por ejemplo CERDÁ, ob. cit., p. 58, quien sostiene: “A la vista de la función específica de la garantía y del equilibrio de intereses de las partes en la relación comercial de base, cabe deducir la última consecuencia: la garantía a primera demanda es de carácter intransferible pues aunque se contase con el consentimiento del ordenante o el contrato de garantía estableciese su transmisibilidad, la cesión del derecho a percibir la garantía, afectaría a una esfera patrimonial distinta de la de aquellos que son parte en la operación comercial de base y en la relación de garantía, con lo que se atentaría contra el sentido y finalidad de la misma, desequilibrando los intereses de los intervinientes”.

<sup>37</sup> Esta alternativa nos permitiría inferir que no reconocen en la garantía a primera demanda un contrato *intuitu personae*, sino uno “con relevancia personal”, en el sentido de que “la persona del contratante es generalmente relevante en cuanto la exactitud y puntualidad del cumplimiento dependen de la seriedad y de

Bajo esta óptica, algunos autores consideraban aplicables a las garantías a primera demanda las Reglas y Usos Uniformes en Materia de Créditos Documentarios en su artículo 46d, correspondiente al artículo 54 de la Revisión de 1983, en el cual se establecía que el derecho de crédito es intransmisible salvo que se declare expresamente transmisible por el banco emisor.

Su aplicación era promovida teniendo en cuenta la similitud existente entre la carta de crédito, producto del crédito documentario, y las garantías a primera demanda o a primer requerimiento<sup>38</sup>.

Esta postura se encuentra plasmada en las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (publicación N° 758) en cuyo artículo 33 se prevé que, para efectos de la transferencia de la garantía, esta deberá indicar expresamente que es transferible, es decir, que requiere esa estipulación para que sea susceptible de cesión<sup>39</sup>.

Acorde con esas reglas resulta la orientación doctrinal que exige el consentimiento del garante para la validez de la transferencia por el beneficiario<sup>40</sup>.

Como se puede observar, la dificultad en la transferencia de las garantías a primera demanda o a primer requerimiento porta como consecuencia la preferencia del aval como garantía cambiaria.

---

los medios materiales y económicos”: CESARE MASSIMO BIANCA. *Derecho civil*, 3, *El contrato*, trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 82.

<sup>38</sup> Cfr. CERDÁ. *Garantía independiente*, cit., p. 49.

<sup>39</sup> Cfr. IVÁN ROLDÁN MORENO. *Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento*, publicación N° 758 de la ICC, en: <http://www.iccmex.mx/correo/2012/abril/diplomadocartas/modulo13/Reglas%20Uniformes%20para%20Garant%C3%ADas.pdf>, quien explica: “La transferencia de una garantía puede tener lugar durante la vigencia de la misma y debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 33 de las URDG758, mismos que a continuación se describen:

- (i) La garantía debe indicar expresamente que es ‘transferible’, lo cual implica que podrá ser transferida más de una vez por la totalidad del importe disponible. Una contragarantía no es transferible.
- (ii) El garante solo atenderá una petición de transferencia en tanto que ésta se encuentre dentro de los límites y en la forma expresamente consentidos por el garante.
- (iii) Con la transferencia la garantía se pone a disposición de un nuevo beneficiario.
- (iv) La transferencia incluye todas las modificaciones acordadas.
- (v) Es obligación del transferidor proporcionar al garante una declaración firmada de que el beneficiario de la transferencia ha adquirido los derechos y obligaciones del transferidor en la relación subyacente.
- (vi) Salvo pacto en contrario el transferidor pagará todos los cargos derivados de la transferencia.
- (vii) Después de transferida, los requerimientos y cualquier declaración de soporte deberán estar firmados por el beneficiario de la transferencia.
- (viii) El nombre y la firma del beneficiario de la transferencia podrán ser usados en cualquier otro documento en lugar del nombre y la firma del transferidor”.

<sup>40</sup> Esta era la postura de Ch. GAVALDA y J. STOUFFLET. “La lettre de garantie internationale”, en *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1980, p. 1, citados por CERDÁ. *Garantía independiente*, cit., p. 55, quienes exponían: “el garante se obliga únicamente frente al beneficiario en cuyo provecho se constituyó la garantía, la cual no puede transmitirse a un tercero sin el consentimiento del garante, pues la extensión del riesgo que asume está estrechamente vinculada a la personalidad del beneficiario”.

Sin embargo, el aval también tiene una desventaja, cual es la necesidad de probar el incumplimiento de la obligación que se pretendía garantizar a través del mismo, para que surta sus efectos, lo que no ocurre tratándose de las garantías a primera demanda, tal como se dijo previamente.

Prefiriéndose una u otra, lo cierto es que la estipulación de garantías sobre los créditos transferidos ofrece una indudable ventaja para el *forfaiter* que adquiere los créditos del exportador a cambio de la anticipación de su valor, pues aun cuando la transferencia que este último le hace al primero es sin responsabilidad, la satisfacción de su crédito se encuentra plenamente garantizada.

### III. Diferencias respecto del factoring de exportación<sup>41</sup>

Un comportamiento común en la doctrina y en la jurisprudencia, ante la aparición de nuevos tipos contractuales originados en la práctica comercial, es el de encuadrarlos dentro del ámbito de otros contratos que aunque también pueden tener la categoría de atípicos, son más comunes y conocidos.

Por esta razón es importante establecer las diferencias que existen entre el contrato de *forfaiting* y el contrato de *factoring* para la exportación, los cuales por lo general son asimilados debido a las semejanzas que existen entre ellos, fundamentalmente en cuanto a la transferencia de créditos que ambos aparejan<sup>42</sup>.

Por razones didácticas preferimos plantear las diferencias entre estos dos contratos mediante el siguiente cuadro comparativo.

	FORFAITING	FACTORING
1.	La anticipación de los créditos es un elemento esencial del contrato y los títulos son endosados por su valor nominal.	Las anticipaciones son discrecionales y cuando se dan solo cubren el 70 u 80% del valor nominal.

<sup>41</sup> Sobre el contrato de *factoring*, véanse entre otros: M. TORSELLO. *I rapporti tra le parti del contratto di factoring tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, en Riv. Contratto e impresa, 1999, p. 561; GIORGIO, FOSSATI; ALBERTO, PORRO. *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, Giuffrè editore, 1994; ERMANNO, CALZOLAIO. *Il factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1997.

<sup>42</sup> Además del *forfaiting*, el *factoring* internacional tiene algunas semejanzas con otro negocio denominado *confirming*, por lo que para efectos de distinguir estas tres figuras PAOLO BOTEMPI. *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 153, explica: “In sostanza nel *confirming* si attua a favore dell’impresa esportatrice un’apertura di credito per mezzo della quale l’esportatore ottiene l’immediata disponibilità della somma corrispondente all’intero credito. [...] Pur sempre finalizzato a sostegno dell’esportazione, il *forfaiting* si differenzia dal *confirming* per il fatto che l’esportatore in questo caso effettua una vera e propria vendita delle cambiali emesse dall’importatore”.

2.	La asunción del riesgo es esencial pues el endoso siempre se hace sin responsabilidad.	La asunción del riesgo es eventual.
3.	En principio el <i>forfaiter</i> no tiene a su cargo prestaciones de contabilidad.	La obligación de contabilidad y asesoría lo pone dentro de los contratos de colaboración empresarial.
4.	Proviene de un crédito actual a plazo.s.	Puede tener por objeto créditos futuros.
5.	Se agota en una sola relación de cesión.	Hay pluralidad de cesiones programadas.
6.	No hay injerencia.	Hay injerencia del factor en la empresa del importador.
7.	Los créditos vencen en un término que os entre 6 meses y 7 años.	Los créditos cedidos vencen en 6 meses o menos.
8.	Se usa para bienes de consumo, <i>commodities</i> y proyectos a largo plazo.	Se usa para bienes de consumo.

#### IV. Conclusiones

A simple vista, el *forfaiting* es un negocio que reporta innumerables ventajas para las partes que intervienen en una transacción internacional, por lo que se presenta como una herramienta adecuada para promover las exportaciones y así evitar los métodos comunes de financiación.

Sin embargo, resulta necesario valorar las desventajas de esta figura, las cuales se reflejan en los altos costos de la operación, como también en las dificultades que puede aparejar su implementación en nuestros mercados y en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que se trata de una figura atípica, y que como parece común en el comportamiento humano, lo desconocido produce temor.

Por esta razón, mediante el presente estudio intentamos hacer una primera aproximación de la figura del *forfaiting* a nuestro ordenamiento jurídico, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios que constituyen la base de este, y en principio no encontramos ninguna razón que impida o dificulte su celebración, pues cada uno de los elementos que componen la figura del *forfaiting* son conocidos en nuestro derecho.

No obstante, existen variados aspectos de la figura que aquí no han sido tratados, por lo que deberán ser objeto de nuevo análisis para vislumbrar con mayor certeza el camino que podría seguir el *forfaiting*, si es que ha de seguir uno.