



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE *FORFAITING*

MARTHA JACQUELINE MOYANO VERA

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho - GECTI

Revista N.º 5, Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7786

Una aproximación al contrato de *forfaiting*

Martha Jacqueline Moyano Vera*

RESUMEN

Forfaiting es un nuevo y desconocido contrato en la práctica comercial internacional. En el presente artículo el autor analiza la identidad de este contrato, cómo se desarrolla y las razones de su importancia en la economía moderna internacional.

PALABRAS CLAVE: Forfaiting, contrato, práctica comercial, comercio internacional, exportaciones, importaciones.

Abstract

Forfaiting is a new and a really unknown contract located in the core of international trade practice. In this essay, the author examines the identity of this contract, how it works and the reasons of its importance in the modern international economy

KEYWORDS: Forfaiting, contract, international trade, international commerce, export, import.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca, Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad de Salamanca. Profesora Asistente Graduada Universidad de Los Andes.

SUMARIO

Introducción - I. EL CONTRATO DE *FORFAITING*: CONCEPTO Y CARACTERES - II. ANTECEDENTES - III. PARTES E INTERVINIENTES EN EL *FORFAITING* - A. *El importador* - B. *El exportador* - C. *El forfaiter* - D. *El Avalista* - IV. CARACTERÍSTICAS DEL *FORFAITING* - A. *Abstraíble* - B. *Negociable* - C. *Comercial* - D. *Sin recurso o pro-soluto* - V. INSTRUMENTOS FINANCIEROS UTILIZADOS EN EL *FORFAITING* - A. *Letra de cambio* - B. *Pagaré* - C. *Otros instrumentos de pago* - VI. EL ENDOSO - VII. LAS GARANTÍAS - A. *El aval* - B. *Las garantías autónomas* - 1. *Las garantías bancarias* - 2. *La carta de crédito contingente o standby letter of credit* - C. *Las contragarantías* - VIII. FASES DEL *FORFAITING* - A. *Fase preliminar* - B. *Fase de perfección contractual* - C. *Fase de ejecución contractual* - IX. ESQUEMA DE UNA OPERACIÓN DE *FORFAITING* - X. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE *FORFAITING* - XI. OBLIGACIONES DE LAS PARTES - XII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE *FORFAITING* - XIII. RIESGOS QUE ASUME EL FORFAITER - XIV. ESTRUCTURA DEL COSTE - A. *La tasa de descuento* - B. *Los días de gracia* - C. *Comisiones* - D. *Métodos de descuento* - XV. DIFERENCIAS DEL *FORFAITING* CON OTRAS FIGURAS - A. *Factoring internacional* - B. *Contrato de descuento bancario* - C. *Crédito comprador* - XVI. *FORFAITING* DE IMPORTACIÓN - XVIII. MERCADO PRIMARIO Y MERCADO SECUNDARIO - XIX. MARCO JURÍDICO - Bibliografía

Introducción

El comercio internacional es uno de los pilares del crecimiento económico cuyo volumen de operaciones crece día a día no sólo como consecuencia de la incorporación, en la transacciones comerciales, de mercados emergentes, sino también por la labor que desarrollan las múltiples instituciones¹ de carácter tanto internacional como regional y que se han propuesto, como objetivos, el fortalecimiento del libre intercambio de bienes y la búsqueda de una adecuada regulación del comercio internacional.

Al llevar a cabo una operación de comercio internacional, se deben analizar diversos factores, siendo uno de ellos la evaluación de las condiciones de pago, entre las que hay que tener en cuenta las siguientes: A) El intervalo de tiempo que el exportador concede al importador para que abone el importe pactado en un contrato de compraventa o de suministro de bienes. B) El requisito que ha de conllevar la ejecución del pago, es decir, si se va a realizar con anteriori-

dad, posterioridad o de forma simultánea. C) El tipo de divisa para proceder al pago. D) El instrumento mercantil para efectuar el pago.

Ahora bien, existe, en el mercado, para la exportación, un amplio espectro de productos financieros, de ámbito tanto privado como público, que, sin embargo, no pueden ser utilizados indistintamente en una operación internacional, pues todas y cada una de estas transacciones se caracterizan por ser diferentes y, por ello, es variado el riesgo de crédito que soportan, pudiendo sufrir algunas un mayor riesgo político o un riesgo cambiario (se origina al ser diferente la moneda del país exportador a la del importador), además, el crédito solicitado por el importador puede ser a corto, a medio o a largo plazo, dependiendo de los bienes de capital a adquirir. Igualmente, no todos los exportadores poseen la suficiente capacidad financiera para asumir una operación de exportación previendo que el importador va a exigir, en la mayoría de los casos, financiación para cumplir con su obligación de pago. Por consiguiente, dependiendo del plazo de amortización, del país del importador, de la confianza y seguridad comercial, de la legislación, de la situación del exportador, se utiliza el producto de financiación más conveniente. La elección de una u otra opción varía en función de factores tales como la formación del exportador en el desarrollo de su actividad y, muy especialmente, los costes que la utilización de dicho instrumento acarrea a la operación comercial. Sin embargo, a pesar del coste o de la dificultad de la operación, en la mayoría de las situaciones, es necesario decantarse por el medio de financiación más apropiado para

¹ Dentro del múltiple abanico de instituciones, es de destacar el Consejo de Comercio de Mercancías que se encarga del funcionamiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). El GATT busca la celebración de acuerdos tendientes a la reducción de aranceles aduaneros y a la no discriminación en el comercio internacional (Parte expositiva gatt de 1947). En la ronda de Uruguay, se modificó el acuerdo de 1947 dando vida al gatt de 1994. Por otra parte, la Organización Mundial del Comercio OMC, que nace en virtud del Acuerdo de Marraquech, de 1994, y cuya finalidad es regular las normas que rigen el comercio entre los países, soluciona las posibles diferencias comerciales entre países y evalúa las diferentes políticas comerciales. Igualmente sucede con la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo ocde, conformada por 30 de los países más desarrollados y cuya finalidad es el fomento del empleo y la economía buscando una estabilidad financiera que permita, entre otras cosas, el libre comercio internacional. Cabe mencionar a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), cuya finalidad es la búsqueda de una armonización del derecho mercantil internacional y, por último, la Cámara de Comercio Internacional cci que cuenta con un Tribunal Arbitral Internacional para la resolución de conflictos y que, también, desarrolla una intensa actividad reglamentaria.

una transacción de comercio internacional que, en últimas, va a generar efectos más beneficiosos. De estas formas, en el ámbito del comercio internacional, nos encontramos que las más destacadas son las siguientes: El crédito documentario, el factoring internacional, el leasing internacional, los diferentes créditos con apoyo oficial y el *forfaiting*.

Basta examinar los distintos mercados financieros de las potencias económicas mundiales y, en un ámbito más cercano, el comportamiento de las empresas, a la luz de las Cámaras de Comercio y su relación con las entidades de crédito nacionales, para constatar que el crédito documentario es el instrumento financiero que goza de una mayor presencia en operaciones de comercio internacional. Varias, en el tráfico comercial, son las causas de esta popularidad. No en vano, este instrumento proporciona, tanto al exportador como al importador, ventajas tales como que, si el crédito documentario es confirmado, se elimina el riesgo que se genera en el país a donde se destina la operación de comercio y, además, se tiene la certeza de que el cumplimiento tanto de los plazos de entrega de los bienes como el del pago se efectúa según lo establecido previamente. A su vez, sus inconvenientes varían en función del tipo de crédito documentario al que nos enfrentemos. Así, si nos encontramos ante uno no confirmado, no elimina el riesgo del país. No obstante, no es éste el único inconveniente. El crédito documentario implica una compleja tramitación y un alto coste en concepto de comisiones lo mismo al exportador que al importador. Estas comisiones, que se extienden a los sistemas financieros de las

distintas economías con un carácter cambiante, se aplican a actuaciones tales como a modificaciones del instrumento financiero, a gastos de correo y, en virtud de la cuantía objeto de financiación, a elevadas tasas de interés.

Junto al crédito documentario, otros instrumentos financieros aparecen en el horizonte. El factoring internacional permite, al exportador, obtener liquidez y mejorar los registros financieros, ser ventajoso para financiar exportaciones con plazos de vencimiento cortos, incluir el pago anticipado y, también, puede cubrir el riesgo de insolvencia del importador pero no la falta de pago por cualquier otro motivo. El factoring tampoco cubre el riesgo político².

En contraposición al factoring, el leasing internacional proporciona el cien por cien de la financiación pero los bienes son propiedad del importador cuando se ejerce la opción de compra, siendo los intereses generalmente elevados³.

Junto a todas estas figuras, otras muchas soluciones e instrumentos financieros son empleados en el ámbito del comercio internacional. Así, instrumentos para financiar exportaciones a corto plazo, tales como, la póliza de préstamo para la exportación (puntual), la póliza de crédito para la exportación (línea de crédito), el descuento de efectos y el anticipo sobre documentos de exportación son igualmente utilizados en el tráfico económico, gozando de una gran difusión.

2 García, G. (Dir.) Instrumentos financieros de comercio internacional. Fundación Confemetal. Madrid 1999, pp. 106-118.

3 García, G. óp. cit. pp. 156-161.

Con todo, ninguno de estos conocidos instrumentos financieros, sobre los que existe una amplia literatura jurídica y económica, es objeto de nuestro interés. El *forfaiting*, un medio de pago propio del comercio internacional y prácticamente obviado por la doctrina jurídica –no así por la económica donde goza de un reconocido prestigio y difusión–, va a ser el objeto de nuestro interés.

El *forfaiting* es conocido como una forma de financiación a medio y largo plazo, poco utilizado en España, en principio, por su elevado coste y por su estructura un tanto compleja, pero que puede ser una alternativa para superar el riesgo político que una operación de exportación conlleva principalmente en países en vías de desarrollo o de mercados emergentes. En qué consiste el contrato de *forfaiting*, su operativa, su coste y cómo se articula son los extremos que vamos a examinar a lo largo de las páginas siguientes.

I. EL CONTRATO DE *FORFAITING*: CONCEPTO Y CARACTERES

Según Fernández Masiá⁴, el contrato de *forfaiting* es una operación financiera consistente en la cesión sin recurso a una entidad financiera –o *forfaiteer*–, antes de su vencimiento, de los créditos comerciales que una empresa exportadora –cliente– tiene frente a otra de otro país –empresa importadora–, instrumentados en letras de cambio, pagarés u otros medios de pago similares.

Forfaiting responde a la alocución francesa *à forfait* que indica “renunciar”. Con otras palabras, el *forfaiteer* renuncia a la acción de regreso contra el exportador. El término en español que recoge la International Trade Centre Unctad/omc es el de “Descuento de bonos y/o pagarés a plazo medio”.

El *forfaiting*, si bien se recoge como un instrumento de financiación del comercio internacional, para Castelluci⁵, no es una financiación sino que, en realidad, es una compraventa de instrumentos de crédito, siendo erróneo comparar el coste de cualquier otro medio de financiación con el de *forfaiting* porque éste no sólo se limita a resolver problemas de liquidez de la empresa sino que, además, la libera de cualquier riesgo relacionado con el pago de los créditos al momento de su vencimiento. Igualmente, para Dellantonio⁶, el *forfaiting* no es un instrumento de crédito sino la compraventa de unos créditos comerciales, mediante la técnica de descuento, emitidos en pago de exportaciones de bienes de capital con vencimientos futuros y sin recurso contra el exportador o vendedor del crédito.

Se podría decir, entonces, que el *forfaiting* consiste en la venta, sin recurso, por parte del exportador, de instrumentos negociables, avalados o garantizados, que son originados por operaciones de comercio internacional con vencimientos a medio o a largo plazo, a una entidad financie-

4 Fernández Masiá, E. “Financiación del comercio internacional”. Derecho del Comercio internacional. Esplugues Mota, C. (Dir.). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003, p. 295.

5 Castelluci, G. Trade & forfaiting. Review. Forfaiting & Letters of credit: forfaiting’s many talents. Jan 1999. Vol. 2. Issue 4.

6 Dellantonio, D. Forfaiting: análisis y perspectivas. Instituto Español de Comercio Exterior. 2002, pp. 15-18.

ra (*forfaiter*), la cual se compromete a entregar al exportador los fondos, una vez deducida la tasa de descuento pactada. Partiendo de esta definición, en sentido estricto, el *forfaiting* no se asimila a una financiación bancaria puesto que uno o más instrumentos financieros representativos de un crédito son cedidos a cambio del correspondiente pago. Y todo ello es así, a pesar de que, en el tráfico económico – y muy especialmente en el argot financiero –, se utilice de manera inexacta la expresión “financiación sin recurso” como sinónimo de *forfaiting*.

En una primera aproximación a la figura del *forfaiting*, cabe señalar que el mismo presenta una serie de notas representativas que no pueden ser obviadas y que, en buena medida, conforman la propia figura:

1. Es una compraventa de créditos comerciales representados en instrumentos negociables con vencimientos a medio o a largo plazo.
2. Los instrumentos negociables son emitidos en pago de exportaciones de bienes de capital.
3. El exportador o vendedor de los instrumentos negociables obtiene liquidez inmediata.
4. Elimina cualquier riesgo, incluso, el político.
5. El exportador no asume ningún riesgo por incumplimiento del pago, ya que los instrumentos son endosados con la cláusula sin recurso.
6. El importador amplía los plazos del crédito, pues, en el *forfaiting*, los plazos oscilan de 180 días a 7 años.

7. El importador asume el coste del *forfaiting*, por cuanto el exportador lo incluye, generalmente, en el precio total de la venta.

II. ANTECEDENTES

Las nefastas consecuencias que la Segunda Guerra Mundial generó para las economías occidentales es una realidad bien conocida. No sólo la economía de los países perdedores se derrumbó. Las economías de los países aliados, al no poder absorber sus mercados la producción de su tejido productivo, vieron, con preocupación, las dificultades que ello encerraba y, como consecuencia, surgió la necesidad imperiosa de recuperar las economías de los países derrotados. Como señaló el propio Marshall, el general que dio nombre al plan económico norteamericano que supuso la reactivación de la actividad económica del bando de los vencidos, “Antes ganamos la guerra, ahora debemos ganar los mercados”. El bando aliado hizo todo lo posible para ganar también esa segunda batalla impulsando la creación de obras públicas, forzando a adoptar medidas liberadoras de mercado y, fundamentalmente, incrementando el comercio con sus antiguos enemigos.

Como es fácilmente imaginable, el desarrollo del comercio con los países vencidos precisaba de medios de financiación en un entorno económico donde la liquidez era nula y el acceso al crédito extremadamente limitado. En la Alemania Occidental, precisamente, en este contexto, es donde se origina el *forfaiting*. La búsqueda de financiación, para colocar sus bienes de capital en los diferentes mercados, es la chispa

que hace crear la figura del *forfaiting*. Así, a mediados de la década de los sesenta del siglo pasado, se desarrolla en Zurich este nuevo instrumento de financiación y, desde la década de los setenta, por el nacimiento de nuevos operadores del mercado y su consiguiente incremento del riesgo en el comercio internacional y el alza de la inflación⁷, el *forfaiting* comienza a utilizarse en los países en vías de desarrollo (América latina, Asia, África)⁸. Así pues, nacen los principales centros de *forfaiting* que se encuentran en Suiza, encabezados por el Credit Suisse a través de Finanz Ag. Zurich; en Londres, tiene su sede la London *Forfaiting* Company, fundada en 1984, siendo filial de Fimbank PLC; en 2007, se adjudicó el premio a la mejor institución de *forfaiting* concedido por Trade & *Forfaiting* review.

La International Forfaiting Association (IFA), con sede en Zurich, se fundó en agosto de 1999 por miembros de instituciones financieras, empresas e intermediarios del *forfaiting*. Cuenta con más de 140 miembros de diferentes países entre los que se destacan (por el número de miembros) Reino Unido, Suiza, los Países Bajos, Austria, Alemania, Italia y China. España cuenta, al igual que otros países, con dos miembros: Banesto y Unicaja. Su objetivo es promover y consolidar el mercado del *forfaiting* y, también, proporcionar a sus miembros actualizaciones a través de seminarios y proyectos de educación en las diferentes sedes regionales. Además, anualmente, se celebra la conferencia anual de la AFI.

7 Dellantonio, D. óp. cit. pp. 19-21.

8 *Forfaiting & trade. Review.* Klein, O. *Forfaiting in Germany.* Nov 2007. Vol. 11. Issue 2.

En 1995, nace la Association of trade & *forfaiting* in the Americas o la Asociación de Forfaiters en las Americas, con sede en Nueva York. Entre sus miembros están algunos bancos españoles como el Banco Santander, el BBVA y Banesto.

A su vez, Suiza cuenta con la Association of Forfaiters in Switzerland VEFI, fundada en 1978 y compuesta de 24 miembros.

En Italia, el *forfaiting* es un método utilizado por los exportadores ya que cuentan con un subsidio al coste del *forfaiting*, concedido por Mediocredito Centrale, entidad pública destinada al fomento de las exportaciones⁹.

En España¹⁰, aunque varias entidades financieras y bancos españoles ofrecen el *forfaiting* como una alternativa a la financiación, a la empresas exportadoras, sin embargo son muy pocas las que recurren a este instrumento financiero, debido, en algunas ocasiones, a su elevado coste y a que, además, la Agencia de Crédito a la Exportación ofrece un buen funcionamiento ayudándose del crédito comprador con cobertura de CESCE¹¹ y del ajuste de los intereses con el CARI¹².

9 Dellantonio, D. óp. cit. pp. 19-21.

10 El exportador. Revista. núm. 71 de 2004.

11 Compañía española de seguros de crédito a la exportación contra el riesgo de impago derivado de la venta de bienes y servicios.

12 Contrato de Ajuste Recíproco de Intereses. En un préstamo beneficiario del CARI se compara, cada seis meses, el rendimiento que hubiera obtenido la entidad financiera prestamista si hubiera formalizado el préstamo al tipo de interés de mercado, con el que obtiene formalizándolo al tipo fijo de Consenso. La diferencia que resulta, más un margen de gestión a favor de la entidad financiera, se regulariza entre ésta y el Instituto de Crédito Oficial (ICO) al término de cada período comparado. Esta operación se denomina Ajuste y puede dar lugar a un pago por el ICO a la entidad prestamista o viceversa. Instituto Español de Comercio Exterior. www.icex.es/icex/cda/controller/page/ICEX/0,6558,5518494/

Aunque, en sus inicios, el *forfaiting* se ha utilizado esencialmente en Europa y, más adelante, en Estados Unidos, en los últimos años, estas operaciones se han difundido entre los exportadores de países como China, India, Corea del Sur, Japón e, incluso, Brasil y Chile, entre otros.

III. PARTES E INTERVINIENTES EN EL FORFAITING

En una operación de *forfaiting*, generalmente, son cuatro los intervinientes: El importador, su avalista, el exportador y la entidad financiera o *forfaiteer*. Aunque, en sentido estricto, las partes, en el contrato de *forfaiting*, son el exportador y el *forfaiteer* y los demás serían intervinientes, entendiéndose por éstos a los que, sin cumplir los requisitos para ser partes, su intervención produce normalmente efectos jurídicos. Veamos cada uno de ellos de forma independiente.

A. El importador

Es el comprador de los bienes o servicios ofertados por el exportador y que ha de pagar a éste mediante un título negociable. El importador debe pagar el precio pactado en virtud del contrato celebrado con el exportador (vendedor) mediante instrumentos financieros, avalados generalmente por una entidad bancaria local, es decir, del país de origen. Debe, entonces, librar los instrumentos financieros a favor del exportador (vendedor) con los vencimientos estipulados que, normalmente, son periódicos y con una oscilación que abarca de 180 días a 7 años. Por tanto, el importador-comprador es el primer obligado al pago.

B. El exportador

Es el vendedor de los bienes o servicios al importador (comprador) y el que transfiere los documentos negociables, que ha recibido del importador, al *forfaiteer* con el objetivo de obtener liquidez.

C. El *forfaiteer*

Es la entidad financiera¹³ a quien el exportador transmite los documentos negociables y que se compromete a abonar el importe correspondiente al exportador.

D. El Avalista

Generalmente, es una entidad bancaria, reconocida en el país del importador y aceptada por la entidad financiera o *forfaiteer*. El avalista asume el pago siempre que el deudor principal no lo haga.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL FORFAITING

El *forfaiting* cumple las siguientes características: abstraible, negociable, comercial y sin recurso.

A. Abstraible

Significa que el derecho que se adquiere al transmitir el instrumento negociable utilizado es independiente de la relación contractual sub-

13 Las entidades financieras pueden ser bancos comerciales o compañías dedicadas exclusivamente a financiar la exportación.

yacente o, con otras palabras, de las relaciones de carácter personal que originaron dicho instrumento. Por tanto, los obligados al pago no pueden basar su incumplimiento en las relaciones causales existentes en el contrato o en los contratos subyacentes.

B. Negociable

El instrumento financiero debe tener la posibilidad de ser transferible sin limitación alguna, es decir, no debe estar limitado por cláusulas de “no a la orden”, “no negociable” u otra equivalente. Esta transferibilidad sin limitación permite que los instrumentos se puedan negociar en un mercado secundario, aunque, si bien es posible la utilización de instrumentos que no permiten la negociabilidad, éstos encarecen el coste del *forfaiting*.

C. Comercial

Para que pueda concretarse una operación de *forfaiting*, debe existir previamente una transacción comercial internacional de compraventa y/o suministro de bienes.

D. Sin recurso o pro-soluto

La cláusula sin recurso es uno de los fundamentos del *forfaiting* que permite distinguirlo de otros instrumentos de financiación a la exportación. Esta cláusula admite que, en caso de incumplimiento del pago por parte del importador (comprador) o su avalista, el tenedor (*forfaiter*) o los posibles tenedores subsiguientes no puedan proceder contra el librador (exportador/vende-

dor), salvo, en caso de fraude, es decir, que los instrumentos de crédito no sean válidos o que el aval no fuera válido en el momento de su emisión. En este supuesto, el exportador se libera de la responsabilidad del pago de la deuda por parte del importador (comprador) o su avalista.

En algunas ocasiones, para disminuir el coste del *forfaiting*, es habitual la utilización del *forfaiting* impropio o pro-solvendo, que, según el cual, el exportador (vendedor) se obliga a reembolsar la cantidad abonada por el *forfaiter* en caso de incumplimiento del pago por parte del importador (comprador) o su avalista.

V. INSTRUMENTOS FINANCIEROS UTILIZADOS EN EL FORFAITING

Basta constatar la práctica comercial para comprobar que, en el ámbito de las operaciones de *forfaiting*, las letras de cambio, los pagarés y los créditos documentarios con pago aplazado son los títulos más utilizados. Con todo, no son los únicos pues, aunque infrecuentes, las facturas comerciales pueden ser utilizadas con idéntica función.

Tanto la letra de cambio como el pagaré son los instrumentos más utilizados, siendo los más extendidos a nivel internacional. La causa de esta popularidad se encuentra en la Conferencia de Ginebra de 1930. En ella, se origina un acuerdo internacional que se plasma en el Convenio de Ginebra del 7 de junio de 1930 que establece una ley uniforme en materia de letras de cambio y pagarés y en el Convenio de Ginebra del 4 de junio de 1930 que reglamenta algunos conflictos de leyes, referentes a las letras de cambio y

pagarés. A su vez, -aunque no ha entrado en vigor pues se requieren 10 ratificaciones- la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales¹⁴, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988 (Resolución 43/165), establece un marco jurídico optativo para las letras de cambio y pagarés utilizados en el comercio internacional.

A. Letra de cambio

La letra de cambio se define como un título valor o documento representativo que contiene una orden incondicionada, dada por quien la emite a otra persona, de pagar una suma determinada a un tercero. La letra de cambio, en el ordenamiento jurídico español, se encuentra regulada en la Ley Cambiaria y del Cheque, Ley 19 del 16 de julio 1985¹⁵. De igual manera, se regula en el Convenio de Ginebra de 1930. Por otra parte, la Convención de Nueva York de 1988 establece, en su artículo 3.1, que la letra de cambio es un título escrito que contiene una orden incondicional del librador, dirigida al librado, de pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden, también, es pagadero a requerimiento o en una fecha determinada y tiene fecha y la firma del librador. Normalmente, las letras de cambio son emitidas por el exportador y aceptadas por el importador. Los elementos esenciales que debe contener la letra de cambio son los siguientes:

- Lugar y fecha de emisión.
- Tipo de moneda y cantidad expresada en cifras y letras.¹⁶
- Fecha de pago.
- A la orden de un determinado beneficiario.
- Cláusula de efectividad: Cláusula destinada a evitar que el deudor intente cumplir su obligación con un pago en moneda distinta a la acordada en la letra de cambio¹⁷.
- Nombre y dirección del aceptante.

16 Para expresar el tipo de moneda, en el comercio internacional, se utilizan los códigos ISO (International Standards Organization). La norma ISO 4217 contiene los códigos asignados a las diferentes monedas usadas en los diferentes países. El código ISO de las monedas está formado por tres caracteres alfabéticos, dentro de los cuales, los dos primeros corresponden al código ISO del país y el último es el denominativo de la moneda. Por ejemplo, para Australia: código ISO del país AU y la moneda D. Con el uso del código ISO se evitan confusiones que pueden deberse al idioma o, por ejemplo, si se acordó pagar en dólar estadounidense y se escribe dólar americano, podría generar confusiones pues muchos países de América utilizan el dólar como moneda. V. Pardo Lidón, F. J. Medios de cobro y pago en el comercio internacional. Universidad de Alicante. 2003, pp. 51-52.

17 El artículo 47 de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985) establece: "El pago de las letras de cambio libradas en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial deberá realizarse en la moneda pactada, siempre que la obligación de pago en la referida moneda esté autorizada o resulte permitida de acuerdo con las normas de control de cambios."

"Si no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada, por causa no imputable al deudor, éste entregará el valor en pesetas de la suma expresada en la letra de cambio, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día del vencimiento. En caso de demora, el tenedor podrá exigir que el importe de la letra le sea pagado por el valor en pesetas que resulte del cambio vendedor de la fecha de vencimiento o del de la fecha de pago a su elección."

"Cuando el importe de la letra de cambio se haya indicado en una moneda que tenga la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país de pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar de pago."

Aunque los artículos 75 y 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988 y el artículo 41 del Convenio de Ginebra en materia de letras de cambio y pagarés 1930 contemplan en esencia lo recogido en el artículo 47 de la Ley Cambiaria y del Cheque, el artículo 41 del Convenio de Ginebra establece que no será aplicable dicho artículo si en la letra de cambio se ha estipulado que el pago debe hacerse en la moneda pactada "Estipulación de pago efectivo en moneda extranjera" o cláusula de efectividad.

14 www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/payments/1988Convention_bills_promissory.html

15 Sánchez Calero, F. Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II. Vigésima séptima edición. Mc Graw Hill. Madrid, 2004, p. 34.

- Domicilio de pago.
- Firma del emisor (librador).
- Firma del aceptante (librado).¹⁸

Como se ha indicado en párrafos anteriores, generalmente, el librador es el exportador. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985) contempla que, en el primer párrafo: “El librador garantiza la aceptación y el pago.” Para señalar, en el segundo párrafo, que conforma el precepto: “Podrá eximirse de la garantía de la aceptación, pero toda cláusula por la cual se exonere de la garantía del pago se considerará como no escrita.”. Similar afirmación se recoge en el artículo 9º del Convenio de Ginebra de 1930. Significaría, entonces, que la cláusula sin recurso no tendría ningún efecto salvo que el librador sea el importador (librado). En la práctica, el *forfaiter* emite una declaración voluntaria y expresa en la que manifiesta que renuncia al derecho a recurrir contra el emisor en caso de impago de la letra¹⁹.

Cuestión diferente establece la Convención de Nueva York de 1988 sobre letras de cambio y pagarés internacionales, pues facilita, tal como lo indica el numeral 44 de la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, las operaciones de venta con descuento de títulos negociables como el *forfaiting* mediante la inclusión del artículo 38.2 que establece que

El librador podrá excluir o limitar su responsabilidad por la aceptación o por el pago mediante

una estipulación expresa en la letra. Esa estipulación surtirá efecto solamente respecto del librador. La estipulación que excluya o limite la responsabilidad respecto del pago solo surtirá efecto si hay otro firmante que sea o llegue a ser responsable de la letra.

Con esta regla, no sería necesaria la declaración expresa del *forfaiter* de renuncia a recurrir contra el librador en caso de impago, pues sólo bastaría con el simple endoso del exportador (librador) con la cláusula sin recurso. Sin embargo, valga recordar que esta Convención no se encuentra en vigor.

B. Pagaré

Se regula en la Ley Cambiaria y del Cheque, del 16 de julio de 1985, que goza de un régimen parecido al de la letra de cambio y que contiene una promesa incondicionada de que un sujeto pague a otro una suma determinada²⁰. En el Convenio de Ginebra de 1930, el pagaré se regula en los artículos 75 y siguientes. Igualmente, la Convención de Nueva York, de 1988, indica, en su artículo 3.2, que el pagaré es un título escrito que contiene una promesa incondicional mediante la que el suscriptor se compromete a pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden, que es pagadero a requerimiento o en una fecha determinada, que tiene fecha y la firma del suscriptor. La información esencial que debe contener el pagaré es:

- Lugar y fecha de emisión.
- Promesa incondicionada e irrevocable de pago.

¹⁸ Dellantonio, D. óp. cit. p. 45.

¹⁹ Dellantonio, D. óp. cit. p. 47.

²⁰ Sánchez Calero, F. óp. cit. p. 51.

- Tipo de moneda y cantidad expresada en cifras y letras.
- Fecha de pago.
- A la orden de un determinado beneficiario.
- Cláusula de efectividad.
- Domicilio de pago.
- Firma del emisor.²¹

C. Otros instrumentos de pago

En el *forfaiting*, también, pueden utilizarse facturas comerciales o los derechos de cobro de un crédito documentario, sin embargo éstos no pueden descontarse en un mercado secundario sino sólo en el mercado primario y con plazos cortos de amortización²².

VI. EL ENDOSO

La transmisión de las letras de cambio y de pagarés se realiza mediante endoso. Tal como afirma Sánchez Calero²³, el endoso es una declaración contenida en la letra y suscrita por su actual tenedor, tendente a transmitirla a otra persona, que adquiere todos los derechos resultantes de la letra.

El endoso encuentra su marco jurídico en las siguientes regulaciones: En el ordenamiento ju-

rídico español, en los artículos 14 al 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985); en el Convenio de Ginebra de 1930, en los artículos 11 al 20; en la Convención de Nueva York, de 1988, en los artículos 13 al 26 y 41.

El endosante garantiza la aceptación y el pago, según establecen, salvo cláusulas en contrario, el artículo 18 de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985), el artículo 15 del Convenio de Ginebra de 1930 y el artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas, de 1988. Ahora bien, la Convención de Nueva York, de 1988, incorpora, tal y como indica el numeral 27 de su nota explicativa, “*un principio que en los ordenamientos romanistas ha de buscarse en el régimen general de la compraventa o de los contratos*”. Así, el artículo 45 contempla que quien transfiere un título por endoso o por cesión declara que éste es auténtico y que, al momento de la transmisión, no conoce de ningún hecho que pueda impedir, al adquirente, el cobro del título. En caso de responsabilidad del endosante, el adquirente puede reclamar al endosante la suma pagada más los intereses, incluso, antes del vencimiento de la letra.

Por lo demás, las tres normas citadas contemplan los endosos en blanco y nominativo y establecen que el endoso al portador se considera un endoso en blanco. Sin embargo, la Convención de Nueva York, de 1988, recoge los dos endosos mencionados, pero no permite el endoso al portador, aunque, puede el endosante, para su transmisión, endosar el título en blanco. Por otra parte, mientras que la Ley Cambiaria y del Cheque y el Convenio de Ginebra, de 1930, indican que cualquier condición al endoso se tendrá por

21 Dellantonio, D. óp. cit. Pág.38.

22 GARCÍA, G. óp. cit. p. 145.

23 SÁNCHEZ CALERO, F. óp. cit. p. 63.

no escrita, la Convención de las Naciones Unidas, de 1998, establece que, aunque el endoso debe ser incondicional, ello no es óbice para que, si existiera un endoso condicional, el título se transfiera, al margen de que se cumpla la condición, y, además, que esa condición sólo afectara al endosatario (Art.18). Igualmente, tampoco las tres normas admiten el endoso parcial.

A efectos del contrato de *forfaiting*, el endoso, que puede ser nominativo o en blanco, se debe caracterizar por ser:

- Incondicional
- No debe contener cláusulas como “para cobranza”, “para garantía” u otra equivalente.
- No debe contener cláusulas como “No negociable”, “No a la orden” u otra equivalente.
- Debe contener la cláusula “Sin recurso”.

El endoso, como indica Sánchez Calero²⁴, produce no sólo una función legitimadora ya que el endosatario se convierte en legítimo poseedor del título, sino también, la transmisión de todos los derechos resultantes del título y, también, produce, normalmente, un efecto de garantía pues el endosante responde en vía de regreso frente a los tenedores posteriores del título de la aceptación y del pago. En cuanto al efecto de garantía que cumple el endoso, en el *forfaiting*, al contener la “cláusula sin recurso”, el endosante (exportador) transmite el derecho al pago del título pero no responde a los tenedores posteriores en caso de impago.

24 Sánchez Calero, F. óp. cit. p. 66.

VII. LAS GARANTÍAS

La garantía se define como cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito²⁵. La garantía, en sentido amplio, es cualquier medio jurídico que asegure el cumplimiento de una obligación por parte del deudor²⁶. Una operación de *forfaiting* se caracteriza por contar con algún tipo de garantía que, generalmente, es de tipo bancario. Quien emite la garantía suele ser un banco del país del importador.

A pesar de todo ello, algunas entidades de *forfaiting* exponen la no necesidad de aval o garantía, dependiendo del riesgo del país o de las relaciones de confianza entre la empresa exportadora y la importadora. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, en el caso de Finanz Ag. Zurich versus Banco Económico S.A., del 7 de octubre de 2007, indicó que uno de los elementos principales de una operación de *forfaiting* es la garantía bancaria. Un *forfaiter* no financia ninguna transacción comercial sin una garantía incondicional e irrevocable de un banco. De ahí, el importador realiza todas las gestiones necesarias para garantizar el pago de los instrumentos al *forfaiter*. Todos los riesgos de cobro recaen sobre el *forfaiter* sin la posibilidad de recurrir al exportador al vencimiento de los instrumentos. Las garantías empleadas, en una operación de *forfaiting*, generalmente, consisten en grabar,

25 Díez-Picazo, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias. Sexta Edición. Thomson Civitas. 2007, p. 455.

26 Cortés, Luis. Las garantías de la contratación mercantil. Lecciones de Derecho Mercantil. Aurelio Menéndez (Dir). Quinta Edición. Thomson Civitas. 2007, p. 803.

en la letra de cambio o pagaré, “Por aval”, seguido de las firmas autorizadas del banco garante. Este mecanismo se conoce como “Aval”, que se convierte en una plena obligación contractual, originada por la costumbre y por el uso en las operaciones de *forfaiting*. Para que la garantía sea eficaz, el contrato de *forfaiting* se debe caracterizar por ser:

- Incondicional
- Irrevocable
- Transferible

A. El aval

Una de las garantías más utilizadas, en el contrato de *forfaiting*, es el aval. Este es una declaración puesta en el título por la cual una persona se obliga, una vez vencido dicho aval, a garantizar el pago solidariamente con el deudor principal o avalado. El aval se encuentra recogido en la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985), en los artículos que van del 35 al 37, y establece que el aval se pondrá en el propio título mediante el término “por aval” o expresión equivalente y, además, se puede recoger en un documento separado. Asimismo, contempla, en el artículo 37, que “el avalista responde de igual manera que el avalado y, no podrá oponer las excepciones personales de éste. Será válido el aval aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma”.

En igual sentido, el aval se regula en el Convenio de Ginebra, de 1930, en los artículos 30 al 32. En la Convención de Nueva York, de 1988,

se recoge la figura del “Garante” e indica, en su artículo 46, que el título puede ser garantizado total o parcialmente respecto a cualquier firman-te o del librado. El artículo 47 contempla que la garantía se expresa mediante las palabras “garantizada”, “avalada”, “por aval” o cualquier otra expresión equivalente. Sin embargo, diferencia dos tipos de garantía, según las palabras expresadas. Así, si el garante expresa su garantía con los términos “garantizada”, “pago garantizado”, el régimen de excepciones es distinto a si lo expresa con los términos “avalada” o “por aval”. Igualmente, las excepciones no son las mismas según se trate de un tenedor protegido²⁷ o un mero tenedor. Además, diferencia, en cuanto a las excepciones, si el garante es o no una institución financiera (artículos 46 a 48). A los efectos del *forfaiting*, el aval debe ser suscrito, normalmente, por una entidad bancaria del país del importador aunque bien podría el exportador exigir la garantía en un banco de su país.

B. Las garantías autónomas

La aspiración de las entidades bancarias por mantener una posición de independencia respecto a la relación subyacente, en el contrato principal, es el origen de las garantías autónomas o independientes. Estas garantías, o avales independientes, deben ser, para una operación de *forfaiting*, incondicionales, es decir,

27 La figura del tenedor protegido fue introducida en la Convención, tal y como indica el numeral 22 de la nota explicativa, para acoplar los ordenamientos de tradición romanista y de Common Law. Los requisitos y condiciones para ser considerado tenedor protegido se regulan en el artículo 29. A su vez, se presume que todo tenedor es tenedor protegido salvo prueba en contrario (art. 32). Los derechos y obligaciones y el régimen de excepciones del mero tenedor y el tenedor protegido están reguladas en el capítulo IV, sección 1 de la Convención.

garantías o avales a primera demanda ya que el banco debe pagar en cuanto conozca que el beneficiario ha hecho la reclamación, sin que el banco pueda solicitar al beneficiario prueba del incumplimiento del deudor²⁸. Por otra parte, el Tribunal Supremo²⁹ ha reiterado que el aval a primer requerimiento

“es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesorio y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía”.

De la misma manera, la jurisprudencia menor³⁰, siguiendo la doctrina del TS, ha indicado que

“contratos de garantía personal por la que un tercero, el garante, generalmente un banco, se obliga ante el acreedor de una obligación, (be-

neficiario de la garantía), a pagar una suma de dinero desde el momento en que este le notifique el incumplimiento del deudor (ordenante de la garantía), sin que el beneficiario tenga que acreditar de ningún modo dicho incumplimiento. Por lo tanto, lo característico de estas garantías es la independencia o autonomía respecto de la obligación garantizada. El hecho que origina la ejecución de la garantía no es propiamente el incumplimiento del deudor, sino la mera notificación de este incumplimiento al garante por el beneficiario de la garantía (acreedor de la obligación) [...] Recibida la reclamación del beneficiario, el pago del banco es automático, inmediato y efectivo”.

Dentro de este tipo de garantías, se encuentran la garantía bancaria “común o tradicional” y las cartas de crédito contingente o standby letter of credit.

1. Las garantías bancarias

La garantía bancaria puede ser definida como un documento incondicional e irrevocable por el cual la entidad bancaria asume el pago del importe garantizado al beneficiario de la misma, en caso de que el ordenante incumpla tal obligación. Las garantías bancarias se extienden, en un documento distinto, a la letra de cambio o pagaré. Independientemente del grado de la complejidad, -incluso, puede ser nulo-, del contenido del documento, los elementos indispensables de una garantía son:

- Lugar y fecha de emisión.
- La descripción de los créditos garantizados, incluyendo el tipo de instrumento, el nombre del deudor y los vencimientos.

28 En las garantías o avales autónomos, intervienen tres partes: El beneficiario de la garantía o acreedor en la relación principal garantizada; el emisor de la garantía o banco garante y, el ordenante o deudor en la relación principal. V. Fernández Masía, E. óp. cit. pp. 242 a 257.

29 STS 30 de marzo de 2000. (RJ 2000/2314)

30 SAP de León de 29 septiembre de 2005. (JUR 2005\236468)

- Declaración expresa de la irrevocabilidad, incondicionalidad y libre transmisión de la garantía.
- Indicación expresa de que la garantía es pagadera a primera demanda.
- Cláusula de efectividad.

Asimismo, la garantía puede incluir otras cláusulas tales como:

- Descripción de la operación comercial subyacente.
- Provisiones en caso de pago con retraso.

2. La carta de crédito contingente o *standby letter of credit*

Consecuencia directa de la restrictiva normativa bancaria norteamericana que limita fuertemente la prestación de las garantías bancarias clásicas en el ámbito del comercio internacional, las cartas de crédito contingentes se convirtieron en un instrumento financiero que, en gran medida, suplió las exigencias de mercado que la normativa restringía. Las llamadas cartas de crédito contingente se encuentran recogidas en las Reglas y Usos Uniformes de los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional UCP500, reemplazadas por las UCP 600 cuya entrada en vigor se produjo el 1º de julio de 2007, y en los Usos Internacionales relativos a los Créditos Contingentes ISP98.

La carta de crédito contingente, en cuanto a su forma, se considera un crédito documentario pues nace en virtud de un contrato de crédito

documentario *standby*. Ahora bien, en cuanto a su contenido, actúa igual que una garantía o aval bancario, por cuanto una entidad bancaria (emisor) se compromete, por solicitud del ordenante, a garantizar las obligaciones contraídas por éste (deudor) a favor del beneficiario (acreedor). El emisor cumple su obligación de pago previa presentación, por parte del beneficiario, de los documentos que prueben el incumplimiento de las obligaciones por parte del ordenante (deudor). Para Fernández Masiá³¹, no existe gran diferencia entre las garantías bancarias y las cartas de crédito contingentes ya que ambas cumplen la función de garantía. La documentación que ha de presentar el beneficiario debe ser la estipulada en la garantía y, en ambos supuestos, la garantía se configura como un compromiso independiente. Sin embargo, tal como indica Pardo Lidón³², con las cartas de crédito contingentes y su regulación por parte de la cci, se intenta evitar la problemática que surge debido a las diferentes legislaciones aplicables a las garantías o a avales bancarios. Es de destacar que las reglas UCP 600 y las ISP 98 son de aplicación a todos los créditos documentarios, incluyendo las Cartas de Crédito “Standby”, siempre que, de este modo, se establezca en el texto del crédito. Así, lo establece el artículo 1 UCP 600 y la regla 1 ISP98.

C. Las contragarantías

Es posible que, dependiendo del riesgo del país que evalúa el *forfaiter*, de la desconfianza del

31 Fernández Masiá. óp cit. pp. 249-250.

32 Pardo Lidón, F. óp. cit. pp. 309-311.

exportador o de la propia legislación de los distintos países, se exija al importador que la garantía se realice a través de una entidad bancaria del país del exportador. En estos casos, el importador (ordenante), normalmente, pide, a su banco local, que, inicialmente, va a otorgar la garantía, que solicite el otorgamiento de la misma a una entidad bancaria del país del exportador. De esta manera, el banco del país del exportador (banco garante o emisor de la garantía) se obliga, frente al exportador (beneficiario), al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el exportador (ordenante). A su vez, el banco garante requiere del banco local (del país del importador) que le garantice el cumplimiento de tales obligaciones y, para lo cual, el banco local emite una contragarantía a favor del banco garante con el fin de resarcir cualquier perjuicio económico que pudiera sufrir el banco garante si se ejecuta la garantía.

VIII. FASES DEL *FORFAITING*

Una operación de *forfaiting* puede sistematizarse de la siguiente manera:

- Acuerdo y firma del contrato de compraventa/ suministro entre el exportador (vendedor) y el importador (comprador). A su vez, el exportador acuerda con el *forfaiter* una serie de condiciones como el importe a recibir, los vencimientos de los títulos y la tasa de descuento.
- Compromiso que contrae el *forfaiter* de comprar los instrumentos financieros al exportador, fruto del contrato comercial entre exportador e importador.
- Ejecución del contrato comercial, es decir, la entrega que se hace de los bienes al importador por parte del exportador.
- Remisión, por parte del importador (comprador), de los instrumentos financieros debidamente firmados, avalados o garantizados, previa recepción de los documentos de embarque.
- Presentación al *forfaiter*, por parte del exportador, de los instrumentos financieros debidamente endosados, con la cláusula “sin recurso” más la documentación exigida por el *forfaiter*.
- Abono al exportador, por parte del *forfaiter*, de las cantidades acordadas en virtud del descuento pactado.

Con referencia a lo señalado anteriormente, las fases de un *forfaiting* pueden agruparse en tres que detallan lo ya esbozado.

- Fase preliminar
- Fase de perfección contractual
- Fase de ejecución contractual

A. Fase preliminar

El exportador y el *forfaiter*, antes de la celebración del contrato de compraventa/suministro, comienzan las negociaciones con el importador sobre la base de que éste ya ha solicitado condiciones de crédito al vendedor. Este primer encuentro tiene como objetivo no sólo conocer

la disponibilidad de adquirir los instrumentos financieros, producto de un contrato de compraventa/suministro internacional, por parte del *forfaiter*, sino también obtener del mismo una evaluación de la tasa de descuento probable, es decir, saber cuál es su coste.

Desde una perspectiva del derecho de contratos, nos encontramos, aquí, en el ámbito de las relaciones previas, en el de los contactos preliminares o en el de la llamada fase precontractual, también conocida como fase de formación del contrato. Este espacio temporal puede ser definido como aquel periodo de tiempo, anterior a la perfección contractual, en el que se gesta el consentimiento que da lugar al nacimiento del contrato. La regulación o el marco jurídico de esta etapa, en el ordenamiento jurídico español, así como en la gran mayoría de ordenamientos de países europeos y latinoamericanos, es prácticamente inexistente. Tan sólo los Códigos Civiles se refieren sucintamente a ellos al regular los vicios del consentimiento o el saneamiento de la cosa vendida. Asimismo, al regular algún tipo contractual, el legislador español prestó atención a esta clase de actos. Tal fue el supuesto del contrato de compraventa donde se recoge la promesa de compraventa o de prenda. Así, lo señala Menéndez Mato: “La referencia a estos supuestos es indirecta pues condiciona la aplicación de las medidas derivadas de tales artículos a la conclusión del contrato, pese a que los vicios y defectos ya están presentes en la fase precontractual”.³³ En el ámbito internacional, en marcada referencia a esta Fase Pre-

contractual, deben señalarse las disposiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, celebrado en Viena el 11 de abril de 1970.³⁴

En cualquier caso, y como consecuencia de la importancia económica de las operaciones de comercio internacional, la actuación de las partes, a la hora de celebrar un contrato de *forfaiting*, debe estar especialmente guiada por la buena fe. No en vano, y sin entrar a estudiar esta espinosa cuestión, un comportamiento desleal puede llevar a plantearnos el surgimiento –además de su existencia– de la llamada responsabilidad *in contrahendo*.

Más allá de estas cuestiones que exceden, con mucho, el objeto de este trabajo, el *forfaiter* se limita a evaluar el coste sobre la base de la información dada por el exportador. El coste o tasa de descuento posible es a título indicativo y puede ajustarse en el periodo de compromiso. Para que el *forfaiter* pueda dirigir una oferta de *forfaiting* al exportador, necesita conocer como mínimo la siguiente información:

- El nombre del importador.
- El país del importador.
- El tipo de bienes a exportar.
- El valor de los bienes.³⁵

33 V. Menéndez Mato, J.C. La oferta contractual. 1ª Ed. Aranzadi. Pamplona. 1998, p. 26

34 Instrumento de adhesión de España, de 17 de Julio de 1990.

35 Originalmente, en el *forfaiting*, las transacciones no superaban los 100.000 dólares. Al cabo de los años, el límite fue de 500.000 dólares. Actualmente no hay un máximo que limite estas transacciones.

- Nombre del avalista o garante de las obligaciones asumidas por el importador (comprador).
- Plazo de financiación solicitado por el importador.
- El importe que se pretende descontar.
- Fecha aproximada de la entrega de los bienes y si éstos se van a realizar en entregas sucesivas.
- Desglose de la operación que se presenta al importador indicando el importe al contado y si el exportador quiere incluirla. Normalmente, este coste se oculta y al importador se le presenta un importe global que incluye el coste de la financiación.
- Una vez evaluada la información por parte del *forfaiter*, éste le hace llegar una oferta al exportador que contiene:
 - Las condiciones establecidas para poder realizar el *forfaiting*.
 - El plazo que el exportador dispone para la aceptación de la oferta.
 - Determinar los intereses suplementarios para la fase de opción y de compromiso.

En esta etapa, ninguna de las partes se compromete en modo alguno.

B. Fase de perfección contractual

En esta etapa, todavía no se ha ultimado, con el importador, el contrato de compraventa/suministro. Se inicia cuando el exportador acepta

la oferta del *forfaiter*. Se puede señalar que es, en este momento, en el que se produce la perfección del contrato de *forfaiting*. De ahí, que el *forfaiter* se vea empujado a cumplir su obligación de pago con el exportador, conforme a las condiciones financieras pactadas, siempre y cuando éste perfeccione el contrato de compraventa internacional con el comprador. En caso de no producirse dicha perfección contractual, el *forfaiter* queda exonerado de obligación alguna pudiendo exigir al exportador la comisión pactada. Por eso, cabe destacar que el *forfaiter* se obliga a financiar la operación de exportación durante un determinado periodo de tiempo, que abarca, generalmente, de uno a tres meses.

Esta fase finaliza cuando el exportador informe, al *forfaiter*, de la inminente conclusión del contrato con el importador o haya transcurrido el periodo de tiempo sin que el exportador concluya el contrato con el importador. Si el exportador, finalmente, no celebra el contrato de compraventa/suministro internacional, es habitual que éste se vea obligado, en virtud del contrato de *forfaiting*, a abonar al *forfaiter* una determinada tasa o comisión por los servicios prestados.

C. Fase de ejecución contractual

Esta fase se inicia cuando el exportador informe al *forfaiter* de la perfección del contrato de compraventa con el importador concluyéndose así la fase de perfección. El exportador, para poder llevar a cabo la operación, solicita al *forfaiter* el cumplimiento de las obligaciones por él asumidas y derivadas del contrato de *forfaiting*. Estas obligaciones se materializan, principalmente,

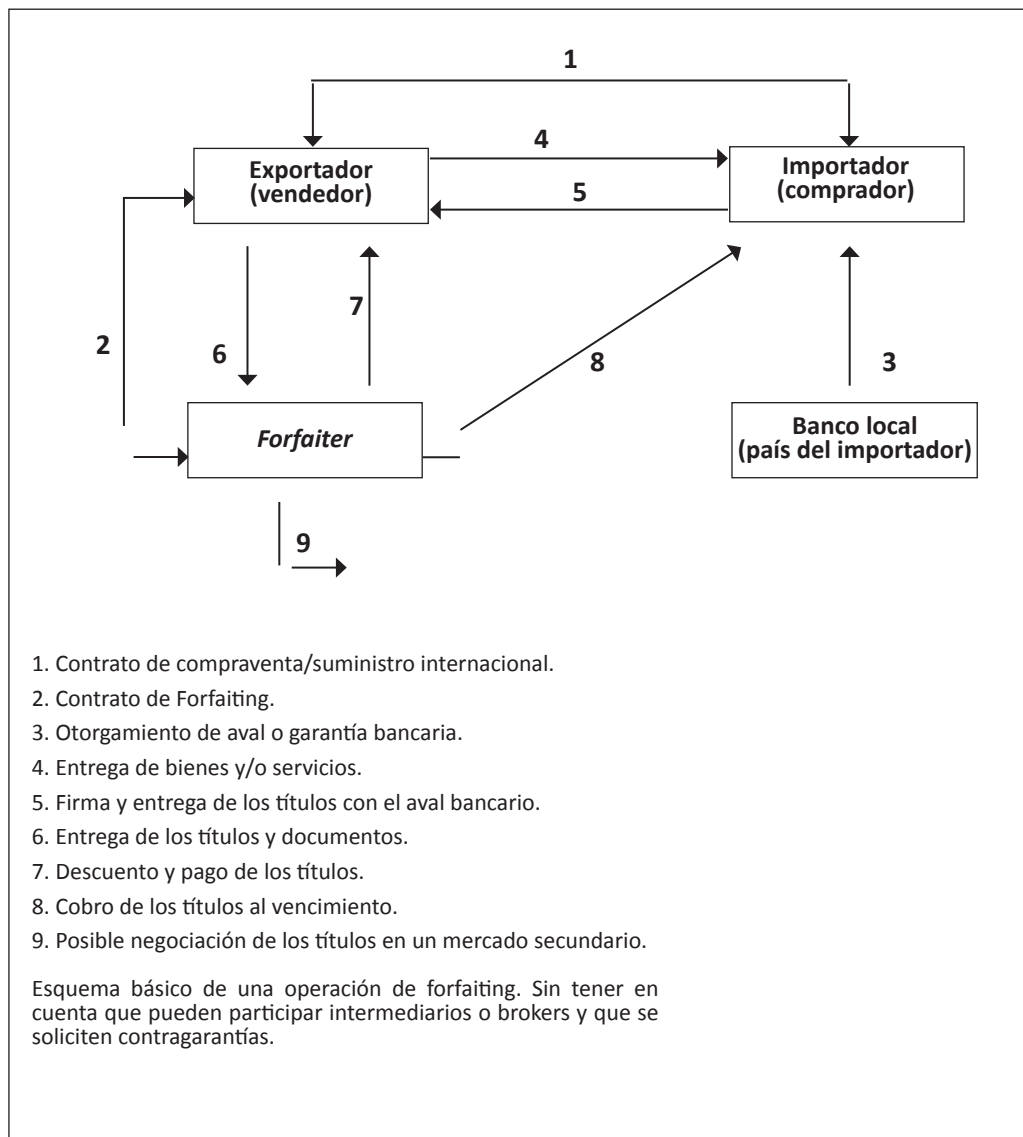
en la compra de los instrumentos financieros que se originen en virtud del contrato de compraventa/suministro internacional.

En este momento de la ejecución del contrato, el *forfaiter* solicita confirmación de que, efectivamente, la operación realizada se ajusta a la información suministrada por el exportador durante la fase preliminar.

Finalmente, y una vez perfeccionado el contrato de compraventa/suministro internacional, el

importador remite al exportador los documentos requeridos para ejecutar el *forfaiting* (los instrumentos financieros acordados y la garantía o aval bancario). Una vez recibida la documentación, el exportador la entrega al *forfaiter* endosando los instrumentos financieros con la cláusula “sin recurso”, abonando el *forfaiter* al exportador el importe pactado en el contrato de *forfaiting*.

IX. ESQUEMA DE UNA OPERACIÓN DE FORFAITING



X. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE *FORFAITING*

• Contrato mercantil

Los intervinientes, en el contrato de *forfaiting*, son de naturaleza empresarial, por tanto, es un contrato de empresa y se calificaría como mercantil. Baste recordar que los contratos mercantiles³⁶ son aquellos que surgen como instrumento necesario para regular las relaciones jurídicas a que da lugar la actividad profesional del empresario con los adquirentes de bienes o servicios en el mercado.

• Contrato atípico y complejo

El contrato de *forfaiting* debe encuadrarse con total claridad en el seno de los contratos atípicos o innominados³⁷. Ello es así porque, además de una evidente inexistencia de un tipo contractual propio, carece igualmente de una norma específica que lo regule. Con todo, ello no implica que el contrato de *forfaiting* no pueda subsumirse en ningún tipo contractual. Todo lo contrario. Basta examinar la prestación del contrato de *forfaiting* para comprobar que nos encontramos ante la prestación de un servicio financiero. Así, no parece absurdo el poder subsumir este contrato dentro del tipo contractual del arrendamiento de servicios, extremo que, si bien puede ser útil desde un punto de vista teórico, pocas soluciones prácticas puede ofrecer,

debido a la deficiente regulación normativa, que dicho tipo contractual posee, déficit que, de manera insistente, ha sido recogido por la doctrina científica española³⁸.

A su vez, dentro de los contratos atípicos, se podría calificar el contrato de *forfaiting* como un contrato complejo³⁹, ya que las relaciones contractuales que coexisten en una operación de *forfaiting* son relaciones que se pueden enmarcar en un tipo contractual recogido en el ordenamiento jurídico.

• Contrato autónomo

Es un contrato independiente del contrato comercial internacional a pesar de que la causa de su celebración surja de dicho contrato.

• Contrato conmutativo

Desde la celebración del contrato, las partes conocen los beneficios y las posibles pérdidas que puedan surgir.

• Contrato bilateral o sinalagmático

Ambas partes se obligan recíprocamente. Así, el exportador se obliga a entregar las letras de cambio o pagarés debidamente avalados al *for-*

36 Sánchez Calero, F. óp. cit. p. 124.

37 Para un examen detallado de esta clasificación contractual V. Díez-Picazo, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson Civitas. 2007, p. 487.

38 Para un estudio detenido de la cuestión, V. Vaquero Pinto, M^a. J. El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelos general para la contratación de servicios. Comares. Granada. 2005, p. 21; Bercovitz Rodríguez Cano, A. El nuevo Derecho Mercantil. 20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzado. Aranzadi. 1999, pp. 120-139.

39 Los contratos complejos son aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente, del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio. Díez-Picazo, L. óp. cit. p. 490.

faïter y éste se obliga, a su vez, a abonar, al exportador, el importe neto correspondiente.

• Contrato oneroso

Las partes, en el contrato de *forfaiting* efectúan una contraprestación y pretenden obtener una utilidad económica. Así, el exportador obtiene liquidez y flujo en sus negociaciones y el *forfaïter*, una contraprestación económica por los gastos ocasionados, el riesgo asumido y el descuento de los títulos.

• Contrato de adhesión

A diferencia de los contratos consensuales, los de adhesión son, como lo recoge la Ley General de Condiciones Generales de Contratación, Ley 7 del 13 de abril de 1998, en su artículo 1.1,

“...las cláusulas contractuales predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

En el contrato de *forfaiting*, el exportador acepta las condiciones que plantea el *forfaïter* sin modificarlas, si bien, en cada contrato de *forfaiting*, la prima de riesgo, la tasa de descuento y los gastos no son los mismos.

XI. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

• Obligaciones del exportador

Una vez recibidos del importador los instrumentos financieros, el exportador está obligado a endosarlos, con la cláusula sin recurso, a la entidad financiera o *forfaïter* en el plazo indicado. Igualmente, el exportador se obliga al pago del importe fijado en el contrato de *forfaiting*.

• Obligaciones del *forfaïter*

Recibidos los instrumentos financieros por parte del exportador, se obliga a descontarlos, es decir, se procede a la anticipación de los fondos previa deducción de los costes e intereses. El *forfaïter* puede conservar los instrumentos financieros hasta su vencimiento o, también, negociarlos en un mercado secundario, salvo que se hubiera estipulado lo contrario. El *forfaïter* asume no sólo el cobro de los instrumentos negociables sino también el riesgo en caso de que hubiera incumplimiento en el pago, no pudiendo ejercer la acción de regreso contra el librador.

XII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FORFAITING

El contrato de *forfaiting* se extingue una vez que el exportador entregue los títulos negociables con su respectiva garantía al *forfaïter* y éste, a su vez, entregue al exportador el importe acordado previo descuento de los costes y la tasa de interés de descuento pactada.

XIII. RIESGOS QUE ASUME EL FORFAITER

• Riesgo de impago

El riesgo de impago puede materializarse como consecuencia de diferentes causas. Así, el impago puede ser la consecuencia directa de la insolvencia del importador (deudor), de la situación política del país del importador que impide realizar el pago o, finalmente, de diferentes tipos de catástrofes naturales. Tradicionalmente, estos riesgos se configuran en:

- *Riesgo comercial:* Se refleja al no cumplir el importador o su avalista con el pago, en los plazos pactados, por motivos como la insolvencia.

- *Riesgo político:* Se origina por la situación de inestabilidad política y económica del país del importador. Sucede, por ejemplo, al no permitir un gobierno que el importador realice la transferencia del importe acordado porque no hay divisas disponibles o porque prohíbe cualquier pago internacional o porque impone una congelación de cuentas. Igualmente, pueden surgir eventos que afecten a toda la actividad de un país, como, por ejemplo, guerras civiles. Además, puede que el gobierno intervenga en la actividad económica de la empresa del importador o de su avalista.

- *Riesgo extraordinario:* Se refiere a catástrofes naturales como sequías, inundaciones, terremotos, etc., que impiden al importador realizar el pago.

• Riesgo cambiario

Cuando se efectúa una operación de comercio internacional con una moneda distinta a la de una de las partes contratantes, surge el riesgo de cambio que consiste en la posible pérdida que pueda tener una empresa en el cobro de sus operaciones comerciales en divisas, sobre todo, cuando estas operaciones llevan aparejado un aplazamiento en el pago⁴⁰. La cuestión se origina en el tipo de cambio, es decir, en el precio de una moneda en función de otra, que varía de forma constante como consecuencia de la oferta y la demanda de cada una de ellas. En una transacción comercial internacional, las partes deben acordar la moneda en la que se van a realizar los pagos, pudiendo ser la local de cualquiera de las partes o una tercera. Ahora bien, si se elige una moneda diferente a la local, ésta se expresa en divisas, es decir, el nombre que recibe una moneda distinta a la local. El *forfaiter* asume el riesgo cambiario equivalente a una cobertura de cambio, sin embargo, puede ocurrir que se pueda reforzar el cubrimiento de este riesgo, dependiendo del monto de la operación, o bien, cubrir el riesgo de cambio, desde el momento de la firma del contrato comercial hasta el día del descuento, con contratos forward, contratos swaps y contratos de opción⁴¹.

40 Fernández Masiá, E. óp. cit. p. 296.

41 Tal y como indica García, G., *El contrato Forward*, o seguro de cambio, es un contrato mediante el cual un exportador vende, en una fecha futura (a plazo) y a un precio predeterminado hoy (tipo de cambio), la divisa objeto de su operación comercial. Implica que el exportador debe comprar obligatoriamente en la fecha pactada y al cambio pactado. Los *swaps* son contratos entre dos partes por los cuales se comprometen a intercambiar los principales de dos deudas equivalentes, nominados en diferentes divisas, por un periodo de tiempo determinado. Durante este periodo, cada parte paga los intereses de la deuda que asume en el contrato, aunque cada uno de ellos sigue siendo deudor titular de la deuda original. Al vencimiento, las partes intercambian de nuevo los principales

XIV. ESTRUCTURA DEL COSTE

Se basa en el descuento que se calcula sobre el valor nominal de los títulos, sobre la base del tipo de interés y los vencimientos de los títulos, más la prima del riesgo. Los elementos que determinan una operación de *forfaiting* son dos: La tasa de descuento y los días de gracia.

A. La tasa de descuento

El descuento es la diferencia que existe entre el valor futuro de la operación (nominal de los efectos) y su valor actual neto, calculado a un tipo de mercado (tasa de descuento)⁴². En el *forfaiting*, los intereses son calculados y cobrados al principio y se deducen del valor nominal del crédito. La tasa de descuento puede ser fija o variable.

- La tasa de descuento fija se puede determinar en dos momentos, bien, en el que el *forfaiter* presenta su oferta en firme o, bien, en el que se procede al descuento. Si se opta por este tipo de tasa, el *forfaiter* asume el riesgo del tipo de interés, que normalmente es cubierto por otros instrumentos de cobertura de riesgos como los

de las deudas al tipo de cambio fijado en el contrato, que suele estar basado en el cambio spot (es el precio de la divisa valor dos días hábiles) de la fecha del contrato. Las opciones sobre divisas es un contrato que otorga al comprador de la opción el derecho a comprar o vender un importe en divisas a un tipo de cambio predeterminado, en una fecha futura, pagando por ello una prima. Por tanto, es un contrato entre el vendedor y el comprador de la opción, por el cual el comprador adquiere un derecho y el vendedor asume una obligación, de tal forma que si, en la fecha de vencimiento, al comprador le interesa ejercer su derecho, el vendedor de la opción estará obligado a entregar o recibir las divisas pactadas al cambio pactado. García, G. óp. cit. pp. 202, 209 y 216.

42 García, G. óp. cit. p. 146.

swaps de tipos de interés⁴³ o los FRA's⁴⁴

- La tasa de descuento variable, es decir, una prima fija sobre una base Libor variable. Normalmente, la tasa de descuento utiliza como marco de referencia el Libor⁴⁵ de la divisa utilizada al que se le suma una prima para el *forfaiter*.

La prima de riesgo se traduce en el estudio que ha realizado el *forfaiter* del riesgo de crédito. Comúnmente esta prima incluye⁴⁶:

- El riesgo político del país involucrado en la negociación. El *forfaiter* evalúa la situación política y social del país, sus reservas monetarias, la solidez de su legislación y su balanza de pagos, entre otros.

43 Operaciones que buscan cubrir el riesgo del tipo de interés. "Un swap de tipos de interés, o swap de intereses, es un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En el caso más habitual, una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del Euribor o Libor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta.". De la Torre Gallegos, A. (2001): "Swaps de Tipos de Interés (IRS)", 5campus.com, Mercados Financieros <http://www.5campus.com/leccion/swaps>

44 "Un FRA es un contrato a plazo sobre tipos de interés mediante el cual dos partes acuerdan el tipo de interés de un depósito teórico o notional, a un plazo y por un importe determinado, que se realizará en una fecha futura estipulada. Permiten eliminar el riesgo de fluctuaciones en el tipo de interés durante dicho período. ... estas operaciones permiten fijar el importe de los intereses de un préstamo/ empréstito o de una inversión, para un período futuro determinado, sin que en ningún momento las partes se intercambian el principal (nominal del contrato), dado que éste es teórico y no existe. Lo único que se liquidan son diferenciales de intereses entre el tipo vigente en el mercado interbancario (EURIBOR, LIBOR) y el tipo estipulado. Por ello, el contrato FRA no es un instrumento de financiación, sino de cobertura de riesgos, ofreciendo a los intervinientes la eliminación del riesgo derivado de posibles fluctuaciones de los tipos de interés.". De la Torre Gallegos, A. (2001): "Contratos Fra's (Forward Rate Agreement)", 5campus.com, Mercados Financieros <<http://www.5campus.com/leccion/fras>>

45 "London Interbanking offered Rate". Es el tipo medio de interés, día a día, del mercado interbancario de Londres, es decir, es el precio del dinero que se prestan los bancos unos a otros en Londres.

46 Dellantonio, D. óp. cit. p. 75.

- El riesgo comercial. El *forfaiter* estudia la situación de la empresa, sus expectativas futuras y su capacidad de endeudamiento, así como el afianzamiento en el mercado.

- Tipo de documentación utilizada.

- Tamaño de la operación y número de vencimientos

En consecuencia, la tasa de descuento sería igual al tipo de mercado más los gastos de administración del *forfaiter* más la prima de riesgo.

B. Los días de gracia

Son los días que se suman a las fechas de vencimiento para cubrir el tiempo que conlleva una transferencia de fondos. El cálculo de los días de gracia se traduce en una cantidad fija independientemente de que la transferencia sea más rápida de lo previsto o genere retrasos.

C. Comisiones

Al coste, se deben añadir tres tipos de comisiones: Comisión de compromiso, comisión de opción y comisión de penalización.

• Comisión de compromiso

Se calcula sobre el plazo que se extiende desde que se acuerda el compromiso de compra hasta la fecha de descuento del crédito. Normalmente, se cobra por adelantado o se incluye en el descuento, sin embargo, si la operación no se concreta, no se reembolsa. La comisión de compromiso puede ser el 50% de la prima⁴⁷.

47 Dellantonio, D. óp. cit. pp. 76-77.

• Comisión de opción

Se utiliza en los casos en los que el exportador debe presentar una oferta en firme sin que tenga la seguridad de que el contrato comercial se realice.

• Comisión de penalización

Se establece previamente y se utiliza al no presentar el exportador los títulos en la fecha estipulada⁴⁸.

D. Métodos de descuento⁴⁹

El descuento tiene como finalidad la asignación de un valor presente a unos flujos financieros futuros. Los métodos de descuento más utilizados, en el *forfaiting*, son: Descuento simple (straight discount) y el descuento por rendimiento (discount yield).

• Descuento simple

Calcula los intereses aplicando la tasa de descuento al valor nominal del crédito, multiplicado por el número de días que transcurren desde la fecha del descuento hasta la del vencimiento, sin ningún tipo de composición del interés. El valor presente del descuento se calcula deduciendo los intereses de descuento del valor nominal del crédito.

• Descuento por rendimiento

Es el más usado y el descuento se aplica por la cantidad adelantada. El interés puede estar

48 García, G. óp. cit. p. 149.

49 Dellantonio, D. óp. cit. pp. 78-83.

compuesto por una base que puede ser anual, semestral o trimestral.

XV. DIFERENCIAS DEL *FORFAITING* CON OTRAS FIGURAS

A. *Factoring internacional*

Brevemente, se puede definir como el contrato mediante el cual una empresa exportadora cede al factor (sociedad de factoring) los créditos a corto plazo para que gestione su cobro y, además, suele incluir una serie de servicios accesorios.

El factor analiza, evalúa y clasifica a los deudores de la empresa exportadora, gestiona y cobra los créditos e informa a ésta de cualquier incidencia y, por último, paga a la empresa el importe de los créditos cedidos. A su vez, la empresa exportadora cede los créditos al factor, informa de cualquier incidencia y paga al factor su gestión.

El factoring puede ser con anticipo o sin él, dependiendo de si el factor realiza o no un anticipo de fondos sobre los créditos al exportador. De la misma manera, el factoring puede ser “con recurso” o “sin recurso”, dependiendo de si el factor garantiza o no el riesgo por incumplimiento de pago de sus deudores. Así, en el factoring con recurso, el factor no asume el riesgo de impago y, en el factoring sin recurso, el factor asume el riesgo de impago y debe pagar al exportador los créditos cedidos con independencia de si el crédito se pudo o no cobrar. Igualmente, puede ser directo o convencional, dependiendo de si actúa un solo factor del país del exportador

(directo) o si, también, actúa un factor del país del importador (convencional). En este caso, el factor del país del exportador, a cambio de una comisión, cede los créditos al segundo factor y éste evalúa y gestiona los créditos.

Visto lo anterior, se podría decir que el *forfaiting* y el factoring son similares porque, de una parte, en sentido amplio, suponen una cesión de créditos con vencimiento futuro, fruto de transacciones comerciales, y, de otra, el factoring prevé la posibilidad de asumir el riesgo derivado del incumplimiento (factoring sin recurso). Con todo, algunas diferencias existen y éstas son las más destacadas:

- Aunque se suele definir al factoring y al *forfaiting* como instrumentos de financiación, como ya vimos, el *forfaiting*, en sentido estricto, es una compraventa de créditos comerciales. Ahora bien, así se mantiene lo contrario y se califica al *forfaiting* como un medio de financiación, su objetivo es simplemente la financiación al exportador, mientras que el del factoring es, además de la financiación, la gestión, el análisis y la evaluación de los clientes del exportador.
- En el factoring, normalmente, la cesión de los créditos y demás gestiones realizadas por el factor no son para un paquete concreto y específico de créditos, originado por una operación comercial en concreto, sino que engloba una serie de estas operaciones presentes y futuras que tenga o pueda realizar el exportador. Sin embargo, el *forfaiting* nace como consecuencia de una transacción comercial definida y concreta, de manera que, si se quiere utilizar el *forfaiting* para todas las operaciones de un exportador, por cada una de

ellas se debe realizar el contrato de *forfaiting* de forma individualizada.

- El factoring se aplica a créditos con un plazo de vencimiento máximo de 180 días, mientras que el *forfaiting* se utiliza en operaciones de medio y largo plazo y cuyo un periodo de tiempo oscila de 3, a 5 y a 7 años.
- Dependiendo del tipo de exportación, el factoring se emplea generalmente para exportaciones de bienes de consumo, mientras que el *forfaiting* se aplica comúnmente a exportaciones de bienes de capital.
- El *forfaiting* se basa en la compra de títulos transferibles; en el factoring, aunque se ceden este tipo de títulos, también se ceden facturas comerciales.
- En el *forfaiting*, el descuento se puede realizar hasta por la totalidad del crédito y se dispone de él en un solo momento, es decir, cuando se cumplen las condiciones pactadas, sin embargo, en el factoring, generalmente, el descuento se realiza hasta por un 80% del crédito y este descuento puede ser en el momento que elija el exportador.

B. Contrato de descuento bancario

El Tribunal Supremo⁵⁰ ha reiterado que el descuento bancario

[...] “se caracteriza porque el Banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para

su vencimiento, mediante la adquisición por el descontante de la titularidad del crédito cedido, y en el que la cesión tiene lugar pro solvendo y con la cláusula salvo buen fin, tal como viene declarando una profusa jurisprudencia. Y que precisamente ese doble mecanismo del anticipo y el derecho de reintegro en caso de fracaso del cobro del crédito constituyen el aspecto más característico de la operación de descuento. El anticipo puede tener lugar de diversas formas, y entre ellas el ingreso en una cuenta de crédito o en una cuenta corriente; y el derecho de reintegro puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, operación que consiste en cargar al librador los efectos que resultaren impagados.[...]el descontante tiene la obligación fundamental, una vez que se ha producido el impago de los efectos descontados, de devolverlos al librador-descontatario con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregados a virtud del contrato de descuento...”

Visto lo anterior, se deducen las diferencias entre el *forfaiting* y el descuento bancario. Así, mientras que, en el descuento bancario, la cesión es pro solvendo y salvo buen fin; en el *forfaiting*, salvo buen fin, es pro soluto o sin recurso. Además, en el descuento bancario, el descontante tiene la obligación de reintegrar los créditos cedidos al descontatario, una vez verificado el impago de éstos. En el *forfaiting*, el *forfaiter* asume el riesgo de impago sin que pueda reintegrar los efectos al exportador o, bien, ejerce algún tipo de acción contra éste, en caso de impago de los mismos.

50 STS de 10 febrero de 2006. (RJ 2006\548)

C. Crédito comprador

El crédito comprador es una modalidad de crédito CARI⁵¹ para financiar exportaciones, a medio y largo plazo, de bienes y servicios de origen español. Con este tipo de crédito, el exportador obtiene liquidez inmediata y, mediante el convenio CARI entre el Instituto de Crédito Oficial y la entidad financiadora, se subvenciona el tipo de interés que será fijo durante la vigencia del crédito. Cubre los riesgos políticos con el seguro de crédito CESCE. Los intervinientes, en un Crédito Comprador, son: El exportador, la entidad financiadora, el Instituto de Crédito Oficial, el CESCE, el importador y el garante de éste. El crédito financia el 85% de la base de financiación, los intereses se suelen pagar semestralmente, el seguro contra los riesgos políticos y comerciales se debe pagar al firmar la póliza o, bien, en el mismo crédito, se puede financiar y se debe abonar, a la entidad financiera, la comisión de gestión antes de disponer del crédito y una comisión de compromiso que se devenga periódicamente sobre el crédito pendiente de disposición⁵².

Este tipo de crédito oficial como ayuda a la exportación bien podría subvencionar los tipos de interés en una operación de *forfaiting*, tal como se realiza en Italia (mencionado anteriormente). Aunque es uno de los instrumentos más utilizados en España por su cobertura de riesgos políticos y comerciales, rasgos fundamentales del *forfaiting*, se pueden percibir algunas diferencias con éste. Así:

- En el *forfaiting*, las transacciones en las que se basa se pueden realizar con vencimientos de cobro a medio y largo plazo, de 5 y de 7 años, mientras que, en el Crédito Comprador, los vencimientos de cobro son a largo plazo, hasta de 10 años, dependiendo del país.
- En el Crédito Comprador, las transacciones comerciales se deben realizar con bienes de origen español y, si los bienes son de origen extranjero, se aplica un porcentaje mínimo, mientras que, en el *forfaiting*, los bienes pueden ser de cualquier origen.
- El *forfaiting* no le exige al importador (comprador) ningún tipo de pago por adelantado, mientras que el Crédito Comprador sí lo exige, siendo la cantidad a pagar un mínimo del 15%.
- El Crédito Comprador financia hasta el 85% de la base imponible del contrato comercial internacional y el *forfaiting*, el 100%.

XVI. FORFAITING DE IMPORTACIÓN

Si bien el *forfaiting*, en su concepción tradicional, se utiliza para la financiación de las exportaciones, es posible establecer un contrato de *forfaiting* de importación para que el importador obtenga financiación en la compra de bienes y servicios procedentes del extranjero. En este supuesto, el importador entrega al *forfaiter* los títulos negociables junto con la garantía de su banco local. Una vez recibidos, el *forfaiter* abona al importador el importe pactado y el banco del importador reembolsa la cantidad abonada, en pagos sucesivos, al vencimiento de los títulos.

51 Convenio de Ajuste Recíproco de Intereses

52 García, G. óp. cit. pp. 133-140.

El *forfaiteer* puede negociar los títulos en un mercado secundario o mantenerlos hasta su vencimiento. El importador pagará, con el desembolso recibido del *forfaiteer*, la operación comercial celebrada con el exportador.

XVIII. MERCADO PRIMARIO Y MERCADO SECUNDARIO

Anteriormente, se indicó que el *forfaiteer* puede ser una entidad financiera dedicada a productos de financiación o una entidad que actúa únicamente en el mercado de *forfaiting*, así pues el mercado primario lo conforman los *forfaiters* que celebran directamente con el exportador el contrato de *forfaiting*.

Estos *forfaiters* tienen dos opciones: A) Mantener los títulos en su poder hasta su vencimiento. B) Transferir dichos títulos, salvo pacto en contrario con el exportador. En el primer supuesto, el *forfaiteer* actúa también como un inversor de los títulos; en el segundo, cuando el *forfaiteer* decide transferirlo a otro inversor, sea o no entidad financiera, éste último se convierte en un *forfaiteer* de mercado secundario. Los *forfaiters* del mercado secundario son los compradores de los títulos adquiridos por los *forfaiters* del mercado primario. Estos *forfaiters* no operan directamente con el exportador. Es preciso señalar que la transferencia de los títulos al mercado secundario se realizan con la garantía del *forfaiteer* primario o con la cláusula “con recurso”.

XIX. MARCO JURÍDICO

A modo de comentario, y con el consiguiente estudio posterior en profundidad, cabe decir, como se indicó anteriormente, que el contrato de *forfaiting* carece de una regulación específica, tanto en nuestro ordenamiento interno como en aquellos que operan en el ámbito internacional.

De esta manera, en caso de conflicto entre las partes, que, en sentido estricto, configuran el contrato de *forfaiting* -*forfaiteer* y exportador-, es preciso acudir a las normas de nuestro derecho interno en materia de atribución de competencia judicial y jurisdicción aplicable, salvo que se hubiera estipulado expresamente en el contrato.

No obstante, no es en esta relación interpartes donde únicamente pueden surgir litigios. No, en vano, uno de los temores a los que se enfrentan las entidades de crédito que actúan en calidad de *forfaiters* es encontrarse en situaciones de impago –por parte del importador-, una vez hayan obtenido los títulos que sirvieron de pago. Así, la atribución de la jurisdicción y la ley aplicable al conflicto es fundamental ya que el contenido material del derecho, aplicable a los diferentes instrumentos negociables utilizados, puede variar sustancialmente.

En este sentido, y a título meramente de ejemplo, si se utilizan letras de cambio y pagarés, se pueden fijar como referencia la Convención de Ginebra, de 1930, y la Convención de Nueva York, de 1988. Sin embargo, países como el

Reino Unido o Estados Unidos no han suscrito la Convención de Ginebra y, además, con la problemática añadida de los países que la han suscrito pero con reservas pertinentes a las limitaciones de responsabilidad frente al pago del librador y endosante. Nótese aquí cómo la atribución de la competencia judicial a un país que ha ejercido reservas a otro que no lo ha hecho puede tener como consecuencia un final muy diverso para los intereses del acreedor. Igualmente, la Convención de Nueva York, de 1988, al no haber obtenido el número mínimo de ratificaciones, no está en vigor. De manera similar, en ciertos contratos de *forfaiting*, no se puede utilizar, en las letras de cambio o pagarés, el aval por cuanto éste no es reconocido como tal. Véase, por ejemplo, la ley británica Bills of Exchange Act 1882, y tampoco en países como Estados Unidos que lo prohíbe; en estos supuestos, debe instrumentarse, mediante garantías bancarias, en documento separado y las cartas de crédito contingentes.

Bibliografía

- Association of Trade & *Forfaiting* in the Americas. www.afia-forfaiting.org
- Bercovitz Rodríguez Cano, A. El nuevo Derecho Mercantil. 20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzado. Aranzadi, 1999.
- Chuliá Vincent, E; Beltrán Alandete, T. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. IV. José María Bosch, 1999.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, www.uncitral.org
- Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988 (Resolución 43/165).
- Convenio de Ginebra del 7 de junio sobre ley uniforme en materia de letras de cambio y pagarés 1930.
- Cortés, L. Las garantías de la contratación mercantil. Lecciones de Derecho Mercantil. Aurelio Menéndez (Dir). Quinta Edición. Thomson Civitas. 2007.
- Dellantonio, D. *Forfaiting*: análisis y perspectivas. Instituto Español de Comercio Exterior. 2002.
- Díez-Picaso, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson Civitas, 2007.
- Díez-Picaso, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias. Sexta Edición. Thomson Civitas. 2007
- El exportador. Revista, núm. 71, 2004.
- Fernández Masiá, E. "Financiación del comercio internacional". Derecho del Comercio internacional. Esplugues Mota, C. (Dir.). Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003.
- García, G. (DIR.) Instrumentos financieros de comercio internacional. Fundación Confemetal. Madrid, 1999.

Instituto de Crédito Oficial, www.ico.es

Instituto Español de Comercio Exterior.
www.icex.es

International *Forfaiting* Asociation. www.forfaiters.org

Ley Cambiaria y del Cheque, ley 19/1985 de 16 de julio.

Menéndez Mato, J.C. La oferta contractual. 1ª Ed. Aranzadi. Pamplona, 1998.

Pardo Lidón, F.J. Medios de cobro y pago en el comercio internacional. Universidad de Alicante, 2003.

Partida Doble. Revista, núm. 119. Febrero de 2001.

Sánchez Calero, F. Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II. Vigésima séptima edición. McGraw-Hill. Madrid, 2004.

Trade & *forfaiting*. Review. www.tfreview.com

Trade Finance Magazine. www.tradefinancemagazine.com

Vaquero Pinto, Mª. J. El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelos general para la contratación de servicios. Comares. Granada, 2005.