

520
2ej

Hacia la regulación uniforme del factoring internacional



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA AUXILIAR DE
EXÁMENES PROFESIONALES

tesis profesional que para obtener el título
de licenciado en derecho

Presenta

Luis Dantón Martínez Corres

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

TENDENCIAS CONTEMPORANEAS DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

1.1 El Derecho Mercantil como categoría histórica.....	2
1.2 Tendencias contemporáneas del Derecho Mercantil Internacional	5
1.3 Organizaciones involucradas en la regulación uniforme del comercio internacional	7
1.3(1) La Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional	9
1.3(2) La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y la Cámara de Comercio Internacional	10
1.3(3) El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos	10
1.3(4) Otros organismos	11
1.3(5) La Comunidad Económica Europea	11
1.4 La contribución del UNIDROIT a la unificación del derecho privado	13
1.5 INCOTERMS	15
1.6 La <i>Lex Mercatoria</i>	18
1.6(1) Costumbres y usos de los negocios mercantiles	

internacionales	19
1.6(2) Principios Generales del Derecho	21
1.6(3) Arbitraje	24
1.7 Impacto del derecho uniforme en el mundo de los negocios	25

CAPITULO SEGUNDO

ORIGEN Y DESARROLLO DEL FACTORING

2.1 Breve aclaración terminológica	33
2.2 Consideraciones históricas	34
2.2(1) Surgimiento y desarrollo hasta las Factor's Act de Nueva York.....	34
2.2(2) El artículo 9 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de América (UCC).....	37
2.2(3) Internacionalización del factoring moderno.....	38
2.3 Definición y naturaleza del factoring.....	39
2.3(1) Caracterización descriptiva como conjunto de servicios.....	40
2.3(2) Principios de globalidad y exclusividad.....	42
2.3(3) Características de los créditos cesionados.....	44
2.3(4) Obligaciones generales del cedente.....	44
2.3(5) Gestión de los créditos.....	45
2.3(6) Garantía por insolvencia de los deudores.....	45
2.4 Clasificación de los tipos de factoring.....	46
2.4(1) En relación con el financiamiento.....	46
2.4(2) En relación con las modalidades de ejecución.....	47

2.4(3) Por sus alcances en la cobertura de riesgos.....	48
2.4(4) Por su área geográfica.....	49
2.5 El Factoraje Financiero en México.....	50
2.5(1) Su regulación por el derecho mexicano.....	51
2.5(2) La clasificación del contrato de factoraje financiero.....	55

CAPITULO TERCERO
EL FACTORING INTERNACIONAL

3.1 Introducción.....	59
3.2 Ventajas que presenta el factoring sobre la carta de crédito.....	61
3.3 Principales modalidades del factoring internacional..	63
3.3(1) Sistema de dos factores.....	64
3.3(2) Las cadenas internacionales de factores.....	66
3.3(3) Sistema de un sólo factor.....	67
3.3(4) Factoring directo de importación	68
3.3(5) Factoring directo de exportación.....	68
3.3(6) "Back-to-back" factoring.....	69
3.3(7) Descuentos de facturas.....	69
3.4 Consideraciones especiales sobre la operación de factoring internacional.....	70
3.4(1) Riesgos cambiarios.....	70
3.4(2) Corresponsales extranjeros de los factores.....	72
3.4(3) Conflicto de leyes.....	73

3.5 Desarrollos recientes del factoring.....	78
3.5(1) En los Estados Unidos.....	78
3.5(2) En Europa continental.....	80
3.5(3) En Asia.....	81
3.5(4) En el Reino Unido.....	82

CAPITULO CUARTO

LA CONVENCION DE FACTORING INTERNACIONAL DEL UNIDROIT

4.1 Antecedentes	84
4.2 Objetivos y expectativas de la elaboración de una regulación uniforme del factoring internacional	88
4.2(1) Objetivos de tipo general	89
4.2(2) Aspectos relacionados con la interpretación uniforme.....	89
4.2(3) Determinación de los riesgos asumidos por las partes.....	91
4.3 La elaboración de la Convención.....	92
4.3(1) 1974: el punto de partida.....	92
4.3(2) La adopción del borrador por el comité de expertos gubernamentales en 1987.....	94
4.4 La Convención de factoring internacional adoptada en Ottawa el 28 de mayo de 1988.....	96
4.5 Análisis de la Convención.....	97
4.5(1) Efectos de la cláusula de no-cesión pactada en los contratos de compraventa.....	97

v.

4.5(2) Disposiciones relacionadas con el contrato de factoring.....	101
4.5(3) Relaciones del factor con el deudor.....	104
4.5(4) Relaciones del factor con terceros.....	105
4.6 Valoración crítica de la Convención.....	106
4.6(1) Alcances y limitaciones.....	106
4.6(2) La Convención y el Derecho positivo mexicano.....	107

CAPITULO QUINTO

Conclusiones.....	110-112
-------------------	---------

REFERENCIAS

I. Bibliografía.....	114
II. Hemerografía.....	117
III. Diccionarios.....	119
IV. Legislación nacional.....	120
V. Legislación extranjera.....	120
VI. Documentos del Unidroit.....	121
VII. Instrumentos jurídicos internacionales.....	121
VIII. Otras.....	122

ANEXOS

I. *"Final Act of the Diplomatic Conference for the adoption of the Draft UNIDROIT Convention on International Factoring and Financial Leasing, International Factoring Convention (Appendix II)"*, Ottawa, Canadá, mayo 28 de 1988.

II. Convenio del UNIDROIT sobre factoring internacional, traducción no oficial del Inglés y Francés certificada por la Sección de Interpretación de lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España.

INTRODUCCION

El constante desarrollo tecnológico e informático que singulariza nuestra época, exige al Derecho, especialmente al Derecho Mercantil, nuevas respuestas. Esta dialéctica de reto y respuesta es la fuerza que anima su renovación incesante.

En las páginas siguientes se analizan a través del estudio de una de sus principales manifestaciones, las tendencias contemporáneas del Derecho Mercantil Internacional, básicamente orientadas a alcanzar una deseable uniformidad normativa, que brinde certidumbre y predecibilidad a las transacciones comerciales a través de las fronteras.

Hoy, más que nunca, resulta imprescindible contar con un orden jurídico acorde con las exigencias inherentes al dinamismo del comercio y los negocios internacionales. Esto es, un Derecho, que evite la confrontación de las

expectativas de sus sujetos con conceptos arcaicos o deficientemente adaptados a las necesidades actuales.

Dentro de este contexto, debemos situar las Convenciones del UNIDROIT - acrónimo francés usado para designar al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - en materia de Leasing y Factoring Internacionales, adoptadas en la ciudad de Ottawa en el año de 1988.

Ambas Convenciones se ocupan de temas vitales para el desarrollo del comercio entre las naciones, porque conciernen a técnicas que facilitan el equipamiento y financiamiento de las empresas que desarrollan su actividad en ese ámbito.

Precisamente, el interés en la figura del factoring internacional, radica en que por ser una técnica de financiamiento idónea para el desarrollo del comercio internacional, puede convertirse en un instrumento básico para que las empresas mexicanas accedan a nuevos mercados, sin afectar su estabilidad financiera, ni incurrir en riesgos innecesarios. Por la importancia que esta figura pueda tener en el futuro desarrollo de México, resulta útil su estudio y la presentación de sus principales características.

Las dos cuestiones que consideré de primordial relevancia al emprender este trabajo, fueron las relativas, tanto a la determinación de la calidad de los resultados de la Convención, como las lecciones que sería posible

extrapolar de la experiencia concreta de regulación uniforme del factoring internacional por el UNIDROIT.

Pienso que las respuestas que demos a estas preguntas pueden ser la base de conclusiones sobre el proceso de unificación del Derecho Mercantil Internacional.

La estructura del presente trabajo, es la siguiente:

En el Capítulo I, expongo las principales tendencias del Derecho Mercantil Internacional, atendiendo al impacto que la labor de unificación tiene sobre sus destinatarios.

En el Capítulo II, refiero el origen y desarrollo del Factoring, su naturaleza, sus principales modalidades y su reciente regulación por el derecho mexicano.

En el Capítulo III, se habla de la vocación internacional del factoring, de las principales modalidades del factoring internacional, de las cadenas internacionales de factores y de los problemas jurídicos que afectan a estas operaciones, entre ellos los relativos a los conflictos de leyes, así como de los últimos desarrollos de esta forma de financiamiento en Estados Unidos, el Reino Unido, Europa Continental y Asia.

El Capítulo IV, está dedicado a la exposición y análisis de la Convención de Factoring Internacional elaborada a instancia del UNIDROIT.

Finalmente, el Capítulo V, contiene las conclusiones del presente trabajo.

Creí oportuno incluir como Anexos, tanto la versión original del Acta Final de la Conferencia Diplomática de

7

Ottawa y la versión original en inglés de la Convención en materia de Factoring Internacional, como una traducción no oficial de la misma al español, elaborada por la Sección de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de España, las cuales fueron generosamente proporcionadas, junto con otros documentos del UNIDROIT, por su Director de Investigación, Martin J. Stanford, a quién deseo agradecer su invaluable ayuda.

Ciudad de México, junio de 1992.

CAPITULO PRIMERO

TENDENCIAS CONTEMPORANEAS DEL DERECHO MERCANTIL

INTERNACIONAL

1.1 El Derecho Mercantil como categoría histórica.

El Derecho Mercantil surgió, fundamentalmente, como consecuencia de la incidencia de los factores económicos políticos y sociales emergentes en la Edad Media. Es un producto tardío del derecho privado, una reacción frente al formalismo e insuficiencia del derecho civil romano, que resultaba inadecuado para atender las nuevas y crecientes necesidades del comercio de las Ciudades Mediterráneas, Atlánticas y Bálticas, cuyos protagonistas eran los gremios y las corporaciones de comerciantes.

Dadas las circunstancias particulares del surgimiento y evolución del Derecho Mercantil, sus estudiosos lo han caracterizado como una categoría histórica. Esta caracterización vincula el origen del Derecho Mercantil, como regulación diferenciada del resto de las relaciones no comerciales, a la formación y ascenso de la burguesía

urbana que emerge a finales de la Edad Media como la portadora de un nuevo espíritu de empresa y organización de los negocios.¹

En tanto categoría histórica, se modifica en función de las exigencias sociales y de la evolución de la economía.² Por ello, la estructura económica de cada época ha marcado el signo y el contenido del Derecho Mercantil.

Siguiendo el mismo orden de ideas, podemos decir que la época medieval, creó un Derecho consuetudinario; la absolutista, lo asumió y convirtió en legislado; la postrevolucionaria, lo codificó; la neoliberal, se caracterizó por la crisis de la codificación; y la actual, en respuesta a la internacionalización del mercado y de las inversiones, se distingue de las anteriores por la tendencia a la uniformidad, a la supranacionalidad y a la dispersión especializada de las materias que lo componen.³

Una vez vista su naturaleza esencialmente dinámica, podemos definir al Derecho Mercantil de finales del Siglo XX, como el Derecho Privado ordenador o regulador de toda la actividad económica que, desarrollada por los empresarios mediante la empresa, se proyecta en el mercado

¹ Francesco Galgano, Historia del Derecho Mercantil, Editorial Laia, la, ed., Barcelona, 1981, págs. 35 a 38.

² Jorge Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, la.ed., México, 1989, pág. 31.

³ Manuel Broseta Pont, "Tendencias del Derecho Mercantil a finales del Siglo XX", Memoria del seminario: Las tendencias actuales del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 4 al 6 de septiembre de 1991, pág. 2.

sobre los consumidores y los usuarios de todo tipo de bienes y servicios.⁴

El maestro Barrera Graf, en sus "Instituciones de Derecho Mercantil", destaca como notas características de la materia, su especialidad frente al Derecho Civil, su profesionalidad, y su naturaleza consuetudinaria.

Asimismo, señala una cuarta particularidad a la que denominó, tendencia universalista o ecuménica, en cuanto que las instituciones y los contratos mercantiles suelen ser iguales o muy semejantes en los diversos Códigos de Comercio y leyes mercantiles.⁵

Dicho fenómeno se presenta independientemente de que pertenezcan a familias jurídicas distintas (Derechos Romanistas o del Common Law); fundamentalmente, debido a la similitud de los problemas y de los intereses en juego.⁶

Es, precisamente, debido a la naturaleza de las relaciones mercantiles, que su reglamentación ha estado orientada hacia la uniformidad internacional, confirmando

⁴ Ibidem, pág. 13.

⁵ Jorge Barrera Graf, "Visión del Derecho Mercantil Mexicano", Memoria del Seminario: Las Tendencias Actuales del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 4 al 6 de septiembre de 1991, págs. 7 y 8.

Al respecto señala el maestro, que en el seno de las Comisiones de redacción de los Proyectos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional -CNUDMI- sobre la compraventa internacional y sobre letras de cambio y los pagarés internacionales, se comprobó que eran mayores las semejanzas que las diferencias entre las dos familias jurídicas prevalecientes, lo que hizo posible la adopción de esos textos -uno de los cuales, el de la compraventa- ya fue ratificado por México, y por tanto forma parte de nuestro derecho interno.

⁶ Jorge Barrera Graf, "Contratos Mercantiles Internacionales", Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. y Editorial Porrúa, 2a.ed., México, 1987, Tomo I, págs. 724 a 726.

con ello su natural vinculación al mercado y a los fenómenos económicos con él relacionados.⁷

1.2 Tendencias contemporáneas del Derecho Mercantil Internacional.

El comercio internacional implica un conjunto de relaciones jurídicas que por su naturaleza se sustraen a la autoridad de la ley nacional, y requieren un Derecho que sea capaz de facilitar las relaciones de intercambio comercial transnacionales. Esto es, un Derecho capaz de adecuarse a las exigencias inherentes al comercio internacional como lo son la rapidez, confianza, seguridad jurídica del crédito y de las transacciones, entre otras muchas.

La dinámica del comercio y de la integración internacional, tiene como consecuencia que el centro de gravitación del Derecho Mercantil sea cada vez mas meta-nacional.⁸

Podemos afirmar que el Derecho Mercantil Internacional contemporáneo, constituye una disciplina autónoma del Derecho Mercantil, con personalidad propia en virtud de la materia que regula.

Jorge Adame Goddard, considera que de manera analógica

⁷ F. Galgano, Op. Cit. 1, pág. 36 y ss.

⁸ Ibidem, págs. 120 y ss.

a la formación del *ius gentium* romano⁹, "la vía casuística, además de otras, es necesaria para la formación de ese Derecho Mercantil Internacional, que reclama el actual intercambio comercial entre las naciones, y al que se han dedicado tantos esfuerzos".¹⁰

Sin duda alguna, la principal tendencia del Derecho Mercantil Internacional apunta hacia la consolidación de un derecho uniforme a nivel de Derecho sustancial, por medio de Convenciones internacionales, de leyes-modelo, de la jurisprudencia, de los usos, prácticas y hábitos establecidos entre las partes contratantes, así como reglas y modelos de contratos internacionales.¹¹ Lo cual no resulta extraño, vista la tendencia ecuménica o universalista que ha caracterizado al Derecho Mercantil desde su nacimiento.

Este Derecho uniforme tiene como finalidad proteger y estimular el comercio internacional, sometiendo su reglamentación, su interpretación y la solución de los

⁹ El *ius gentium*, en sentido propio, es el derecho aplicable por el pretor peregrino; derecho que se fue creando por vía casuística, y cuya evolución se aceleró con la introducción del pretor peregrino en el año 242 a.C.

Este derecho aparece como una respuesta a la necesidad de resolver los problemas jurídicos, que se derivaron del creciente intercambio comercial entre Roma y los pueblos dominados. El principio de personalidad del derecho resultaba insuficiente para resolver justa y ágilmente esos problemas, por lo que fue necesario crear un derecho sustantivo independiente de las nacionalidades.

¹⁰ Jorge Adame Goddard, Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 1a. ed., México, 1991, págs. 169 a 183.

¹¹ Tutor Popescu, "Nuevas tendencias en el Derecho Mercantil Internacional", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1987-1988, pág. 415.

conflictos que surgan en su ámbito, a criterios y a disposiciones legales unitarias.¹²

Finalmente, es importante señalar que el Derecho Mercantil Internacional, como regulación relativamente independiente de los derechos nacionales, se basa en dos principios. Uno es, la libertad de contratar de las partes, con las limitaciones que los sistemas nacionales imponen a la autonomía de la voluntad. El otro, es el reconocimiento de los laudos arbitrales comerciales por los sistemas nacionales. Este último, permite a las partes someter sus disputas a una jurisdicción de su elección.¹³

1.3 Organizaciones involucradas en la regulación uniforme del comercio internacional.

El interés común de las naciones de contar con un marco jurídico que brinde seguridad y certidumbre a las relaciones de intercambio internacionales, ha motivado el surgimiento de diversos organismos internacionales, cuya actuación ha contribuido a la unificación del Derecho Mercantil Internacional.

El trabajo de las organizaciones a las que me referiré a continuación, se ha caracterizado por su eficacia y

¹² J. Barrera Graf, Op. Cit. 6, págs. 724 a 726.

¹³ Clive M. Schmitthoff, "The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation", in The Sources of the Law in International Trade, International Association of Legal Sciences, Stevens and Sons, Londres, 1964, pág. 15 y ss.

coherencia, y aunque no es una meta fácil de alcanzar, hoy ya no resulta utópico hablar de la posibilidad de desarrollar un Derecho Mercantil Internacional que brinde certeza y seguridad a las transacciones comerciales de carácter internacional.

La labor legislativa de dichas organizaciones es enorme y de creciente importancia. Campos enteros de actividades económicas están ya regidos por convenciones y ordenamientos externos: el transporte marítimo, el arbitraje comercial, los instrumentos internacionales de créditos y pagos, la compraventa internacional de mercaderías.¹⁴

Los logros alcanzados por dichas organizaciones son notables en algunas materias, evidenciando la fuerza de las tendencias internacionalistas que laten en el seno del Derecho Mercantil. Tal es el caso del arbitraje internacional, el cual no sólo debido a sus bondades intrínsecas¹⁵, sino también al esfuerzo de unificación realizado (Convención Internacional para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales -1958-¹⁶, la

¹⁴ J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 38 y ss.

¹⁵ Philip Wood, Law and Practice of International Finance, Sweet and Maxwell Limited, 9a. ed., Londres, 1990, pág. 71 y ss.

El arbitraje siempre ha sido el gran favorito de los contratos comerciales, debido a que sus tres principales ventajas resultan fundamentales para la solución de controversias originadas con motivo de dichas transacciones, a saber: el carácter definitivo de las sentencias arbitrales, el juzgamiento por expertos y su naturaleza eminentemente privada.

¹⁶ La Convención señalada ha sido ratificada por México, prácticamente la totalidad de los países europeos, Nigeria, Filipinas, Japón y los Estados Unidos.

3

Legislación Modelo del Arbitraje elaborada por la CNUDMI,...), se erige hoy día como un medio expedito, flexible y económico para la solución de controversias, con gran aceptación en el mundo de los negocios.

1.3(1) Entre los organismos que se han significado por su labor en pro de la unificación del Derecho Mercantil Internacional, debemos destacar especialmente a la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional¹⁷, CNUDMI, con sede en Nueva York y Viena, la cual ha dado importantes frutos, tales como la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la Convención Internacional sobre Letras de Cambio y Pagaré Internacionales, en cuya formulación jugó nuestro país un importante papel.¹⁸

La importancia de esta Comisión es creciente y se debe en gran medida a la calidad de sus rendimientos a partir de su creación en 1966, los cuales han encontrado forma a través de diversas Convenciones internacionales, disposiciones contractuales tipo, reglamentaciones jurídicas uniformes, guías jurídicas que exponen problemas específicos que requieren de una solución y regulación a nivel internacional (como en el caso de la transferencia

¹⁷ United Nations Commission for the Unification of International Trade Law, United Nations Publications, Nueva York, 1987, pág. 4 y ss.

¹⁸ José María Abascal Zamora, "Nota introductoria a la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagaré Internacionales", Revista de Derecho Privado, Órgano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Año I, Núm. 1, Enero-Abril, México, 1990.

electrónica de fondos), así como recomendaciones a diversos gobiernos y organizaciones internacionales tendientes a eliminar obstáculos jurídicos que afectan al comercio internacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas le confirió el mandato de unificar y armonizar el Derecho Mercantil Internacional. Por su naturaleza es la de mayor jerarquía entre las organizaciones supranacionales reguladoras de la materia.¹⁹

1.3(2) Otras organizaciones que también han realizado importantes contribuciones en este campo, son La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado y la Cámara de Comercio Internacional, a la cual corresponde el mérito de la elaboración de los INCOTERMS, así como de la codificación de los usos y costumbres internacionales sobre los créditos documentados, revocables e irrevocables, de naturaleza bancaria, mejor conocidas como las Reglas de Viena.²⁰

1.3(3) La Organización de Estados Americanos, mediante uno de sus órganos principales, el Comité Jurídico Interamericano, ha elaborado diversas convenciones internacionales. México ha ratificado varias de ellas,

¹⁹ J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 38 y ss.

²⁰ J. Barrera Graf, Op. Cit. 6, págs. 724 a 726.

entre las que se cuentan: la relativa al conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, arbitraje comercial internacional, conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, así como las de representación, contratos y prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

1.3(4) Como consecuencia lógica de las profundas transformaciones que están ocurriendo en los países de Europa Oriental, recientemente se desintegró el COMECON o Consejo de Asistencia Económica de los Países Socialistas. Dicha organización promulgó en su momento, leyes sobre comercio entre los países miembros.

Otras organizaciones regionales que es importante mencionar, son la Asociación Latinoamericana de Integración -ALADI-, a la cual pertenecen la mayoría de los países latinoamericanos y el Pacto de Cartagena, formado por Bolivia, Perú, Ecuador, y Colombia.

1.3(5) Un caso aparte en el proceso de unificación del derecho, lo constituye la Comunidad Económica Europea, cuyo objetivo, no es la racionalización de un mercado unitario preexistente, sino el establecimiento de un mercado común²¹ (Artículo 2 del Tratado Constitutivo de

²¹ F. Galgano, Op. Cit. 1, pág. 131 y ss.

Aunque de alcance mas limitado uno de los objetivos principales del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de América, era lograr la uniformidad orgánica y global de un mercado existente.

la Comunidad Económica Europea), mediante el acercamiento de los Estados miembros, que posibilite la progresiva abolición de las restricciones comerciales, financieras y de servicios entre sus integrantes.

La adopción de un modelo de desarrollo en el interior de un amplio mercado, que favorezca una distribución más eficaz de los recursos productivos europeos mediante la reducción de los costos que las barreras nacionales representan para sus economías, permitirá a las empresas de Europa Occidental competir en condiciones favorables con los grupos industriales norteamericanos y japoneses.²²

Por ello, el Derecho Mercantil supranacional europeo tiene la misión de actuar como un importante catalizador que permita a las empresas europeas dominar un mercado de 320 millones de personas. En dicha tarea sin precedentes se juega su supervivencia económica.²³

El Tratado no oculta su apoyo a las fusiones y a las grandes concentraciones empresariales. Las normas relativas a la competencia se ocupan de reprimir el abuso, mas no la formación de posiciones dominantes (Artículo 85 y ss. del Tratado).²⁴

El modelo Europeo merece toda nuestra atención, en

²² F. Galgano, Op. Cit. 1, pág. 134

²³ Paolo Cecchini, Europa 1992: Una apuesta de futuro, Alianza Editorial, 1a. ed., 1988, pág. 5 y ss.

²⁴ P.J.G. Kapteyn y P. Verloren Van Themaat, Introduction to The Law of The European Communities, Graham and Trotman, Deventer, 1990, pág. 152 y ss.

El UNIDROIT o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado²⁶, cuya sede está ubicada en Roma, es el artífice de las Convenciones en materia de leasing y factoring internacionales.

Fue fundado en 1926 y agrupa en su seno a destacados juristas de distintas nacionalidades.²⁷ La actividad del UNIDROIT después de 65 años de existencia amerita un análisis a profundidad que excede los límites y objetivos del presente trabajo, sin embargo de manera sintética es preciso dejar cuenta de ellos.

De conformidad con el artículo 10. del Estatuto del UNIDROIT, su propósito es examinar las formas de armonizar y coordinar el Derecho privado de los Estados miembros, así como preparar la adopción *inter alia* de reglas uniformes en la materia. A tal fin elabora borradores de leyes y convenciones, realiza estudios de derecho comparado, organiza conferencias, publica trabajos relativos a la unificación del Derecho y colabora con otras organizaciones involucradas en la misma tarea.

A la fecha, el UNIDROIT ha realizado proyectos sobre

²⁶ Los países miembros son 53: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, Egipto, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, los Países Bajos, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, China, Polonia, Portugal, Rumanía, San Marino, Sud-Africa, España, Suecia, Suiza, Tunes, Turquía, el Reino Unido, los Estados Unidos, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia, Senegal y la ahora transitoriamente llamada Comunidad de Estados Independientes.

²⁷ Los miembros de dicho Consejo son electos por su capacidad personal y no cómo representantes de sus gobiernos. El destacado jurista mexicano Jorge Barrera Graf representó a nuestro país ante dicho Instituto y formó parte de su Consejo de Gobierno.

(International Rules for the Interpretation of Trade Terms)²⁸, que constituyen una compilación de términos de precio y entrega, los cuales no solamente se limitan a su definición, sino que establecen las obligaciones respectivas del comprador y vendedor.

Fueron elaborados por la Cámara Internacional de Comercio, cuya sede está ubicada en París en 1936, y han sufrido algunas modificaciones posteriormente en 1953, 1967, 1976 y en 1980.²⁹

Las iniciales que designan a los INCOTERMS, se refieren a los elementos incluidos en el precio, manera de ejemplo, baste mencionar algunos tales como:

C.O.D., "Collect on Delivery", indica que el transportador debe percibir el precio de la mercadería del destinatario, o bien devolverla al remitente.

F.O.R., "Free on Rail", es decir libre sobre vagón, la cual indica en las compraventas a distancia, que tales son las condiciones de entrega de la mercadería.

C.I.F., "Cost, Insurance, Freight", en español costo, seguro y flete, con sus respectivas variantes: C. & F., Cost and Freight; C.I.F.C.I., Cost, Insurance, Freight, Commission, Interest; C.I.F.E., Cost, Insurance, Freight, Exchange (ésta última palabra se refiere al costo del cambio de la moneda que sea necesario para realizar la

²⁸ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., Diccionario Jurídico Inglés-Español, Editorial Heliasa, 1a. ed., Buenos Aires, 1990. págs. 316, 261 y 113.

²⁹ J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 47.

FAITA HOJA

IS

operación).

No obstante que los INCOTERMS por sí mismos no tienen fuerza legal alguna, una vez incorporados en un contrato manifiestan la voluntad de las partes de contratar en función de dichos términos.³⁰

Los INCOTERMS gozan de una amplia aceptación en los círculos de negocios internacionales, de ahí su importancia.³¹

Resulta interesante comentar que nuestro sistema jurídico, incorporó algunas de las fórmulas de los INCOTERMS en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en sus artículos 213 al 221. De esta manera podemos hablar de venta libre a bordo (L.A.B.), de la compraventa costo, seguro y flete (C.S.F.), entre otras.³²

Tanto la mayoría de las Convenciones en materia de Derecho Mercantil Internacional, como las reglas uniformes de naturaleza opcional, tales como los contratos modelo y las definiciones de términos comerciales, comparten características similares, entre las que destacan las siguientes³³: se limitan al Derecho Privado, se ocupan de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, su

³⁰ Royston M. Goode, "The Harmonisation of Commercial Law: Policies and Problems", Revista de la Facultad de Derecho de México, U.N.A.M., Tomo XXXV, Enero- Junio 1985, págs. 216 y 217.

³¹ Philippe Kahn, "El derecho uniforme y su impacto en el mundo de los negocios. El Derecho de la Compraventa", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Núm. 73, Madrid, Curso 1987-1988, pág. 306.

³² J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 47.

³³ R. M. Goode, Op. Cit. 30, pág. 216 y ss.

(International Rules for the Interpretation of Trade Terms)²⁸, que constituyen una compilación de términos de precio y entrega, los cuales no solamente se limitan a su definición, sino que establecen las obligaciones respectivas del comprador y vendedor.

Fueron elaborados por la Cámara Internacional de Comercio, cuya sede está ubicada en París en 1936, y han sufrido algunas modificaciones posteriormente en 1953, 1967, 1976 y en 1980.²⁹

Las iniciales que designan a los INCOTERMS, se refieren a los elementos incluidos en el precio, manera de ejemplo, baste mencionar algunos tales como:

C.O.D., "Collect on Delivery", indica que el transportador debe percibir el precio de la mercadería del destinatario, o bien devolverla al remitente.

F.O.R., "Free on Rail", es decir libre sobre vagón, la cual indica en las compraventas a distancia, que tales son las condiciones de entrega de la mercadería.

C.I.F., "Cost, Insurance, Freight", en español costo, seguro y flete, con sus respectivas variantes: C. & F., Cost and Freight; C.I.F.C.I, Cost, Insurance, Freight, Commission, Interest; C.I.F.E., Cost, Insurance, Freight, Exchange (ésta última palabra se refiere al costo del cambio de la moneda que sea necesario para realizar la

²⁸ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., Diccionario Jurídico Inglés-Español, Editorial Heliasta, 1a. ed., Buenos Aires, 1990. págs. 316, 261 y 113.

²⁹ J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 47.

(International Rules for the Interpretation of Trade Terms)²⁸, que constituyen una compilación de términos de precio y entrega, los cuales no solamente se limitan a su definición, sino que establecen las obligaciones respectivas del comprador y vendedor.

Fueron elaborados por la Cámara Internacional de Comercio, cuya sede está ubicada en París en 1936, y han sufrido algunas modificaciones posteriormente en 1953, 1967, 1976 y en 1980.²⁹

Las iniciales que designan a los INCOTERMS, se refieren a los elementos incluidos en el precio, manera de ejemplo, baste mencionar algunos tales como:

C.O.D., "Collect on Delivery", indica que el transportador debe percibir el precio de la mercadería del destinatario, o bien devolverla al remitente.

F.O.R., "Free on Rail", es decir libre sobre vagón, la cual indica en las compraventas a distancia, que tales son las condiciones de entrega de la mercadería.

C.I.F., "Cost, Insurance, Freight", en español costo, seguro y flete, con sus respectivas variantes: C. & F., Cost and Freight; C.I.F.C.I., Cost, Insurance, Freight, Commission, Interest; C.I.F.E., Cost, Insurance, Freight, Exchange (ésta última palabra se refiere al costo del cambio de la moneda que sea necesario para realizar la

²⁸ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., Diccionario Jurídico Inglés-Español, Editorial Heliasta, 1a. ed., Buenos Aires, 1990. págs. 316, 261 y 113.

²⁹ J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 47.

operación).

No obstante que los INCOTERMS por sí mismos no tienen fuerza legal alguna, una vez incorporados en un contrato manifiestan la voluntad de las partes de contratar en función de dichos términos.³⁰

Los INCOTERMS gozan de una amplia aceptación en los círculos de negocios internacionales, de ahí su importancia.³¹

Resulta interesante comentar que nuestro sistema jurídico, incorporó algunas de las fórmulas de los INCOTERMS en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en sus artículos 213 al 221. De esta manera podemos hablar de venta libre a bordo (L.A.B.), de la compraventa costo, seguro y flete (C.S.F.), entre otras.³²

Tanto la mayoría de las Convenciones en materia de Derecho Mercantil Internacional, como las reglas uniformes de naturaleza opcional, tales como los contratos modelo y las definiciones de términos comerciales, comparten características similares, entre las que destacan las siguientes³³: se limitan al Derecho Privado, se ocupan de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, su

³⁰ Royston M. Goode, "The Harmonisation of Commercial Law: Policies and Problems", Revista de la Facultad de Derecho de México, U.N.A.M., Tomo XXXV, Enero- Junio 1985, págs. 216 y 217.

³¹ Philippe Kahn, "El derecho uniforme y su impacto en el mundo de los negocios. El Derecho de la Compraventa", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Núm. 73, Madrid, Curso 1987-1988, pág. 306.

³² J. Barrera Graf, Op. Cit. 2, pág. 47.

³³ R. M. Goode, Op. Cit. 30, pág. 216 y ss.

ámbito son los contratos internacionales , y dada su naturaleza potestativa, pueden ser rechazadas total o parcialmente por las partes contratantes, salvo en lo referente a las convenciones de transporte y otras que se ocupan de la salud y seguridad.

1.6. La Lex Mercatoria

Las relaciones comerciales internacionales se debaten en una contradicción con las formas jurídicas mediante las cuales se llevan a cabo, y el carácter interno o nacional del derecho que las regula.

La doctrina de la *Lex Mercatoria*, se forjó pensando encontrar una salida a esa fuente inagotable de inseguridad. Sin embargo, como se verá mas adelante dicha teoría no ha sido capaz de ofrecer una solución, ya que no constituye un sistema de Derecho, sino simplemente un conjunto de usos del comercio internacional a nivel convencional.³⁴

Los autores que piensan que existe un sistema especial de derecho conocido como *Lex Mercatoria*, lo conciben como una síntesis de los principios y usos generalmente aceptados aplicables a los contratos internacionales independientemente de los sistemas jurídicos nacionales. En la práctica, la *Lex Mercatoria*, es únicamente la

³⁴ T. Popescu, Op. Cit. 11, pág. 415 y ss.

manifestación de la creciente uniformidad del Derecho Mercantil Internacional.³⁵

Resulta interesante, sin embargo, echar un vistazo a esta controvertida teoría.

De acuerdo a Tutor Popescu,³⁶ la *Lex Mercatoria* sería un Derecho consuetudinario que constituiría un orden jurídico internacional distinto de los sistemas nacionales, integrado por:

1.6(1) **Las costumbres y los usos aplicados en los negocios mercantiles internacionales.** Así como las prácticas y hábitos establecidos entre las partes (courses of dealing³⁷).

Las costumbres, llamadas también usos de derecho, usos legales o bien usos normativos, tienen el valor de las normas jurídicas, esto es son reglas de derecho imperativas y de orden público que suplen la ausencia de la ley escrita o que incluso la contravienen³⁸. Su finalidad es completar o precisar el contenido de los contratos (interpretación integradora).

³⁵ P. Wood, Op. Cit. 15, pág. 20.

³⁶ T. Popescu, Op. Cit. 11, pág. 415 y ss.

³⁷ Ibidem, pág. 415.

Es necesario advertir que dichas prácticas técnicamente no son usos, pero podrían llegar a serlo. Son elementos de hecho que sirven para la interpretación de los actos celebrados por las partes y de sus negociaciones precontractuales. El Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, prevé una jerarquía entre los medios de interpretación, ubicando al final de ellos el de los hábitos entre las partes (art. 1205 bajo el título "courses of dealing").

³⁸ Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 10a. ed., México, 1985, pág. 62 y ss.

Los usos, también llamados usos convencionales o contractuales, son aquellos que obtienen su fuerza jurídica de la voluntad de las partes, y, por lo tanto, tienen la misma fuerza y valor que las estipulaciones contractuales.

Borja Soriano se refiere a ellos como "las cláusulas tácitas sobreentendidas en un convenio, por las cuales las partes arreglan sus relaciones según la práctica establecida". Tienen por finalidad suplir a la ley (en cuyo caso son *usos praeter legem*) o incluso derogarla (siendo entonces, *usos contra legem*).

La autoridad y fuerza vinculante de los usos normativos proviene de una jurisprudencia bien asentada y están destinados a colmar las lagunas del Derecho positivo, por ello se imponen a las partes. Es decir, se aplican automáticamente como ley supletoria, salvo que exista una manifestación expresa de los contratantes en sentido opuesto. Los usos convencionales obtienen su fuerza de la voluntad de las partes, se aplican por su simple acuerdo y pueden ser suprimidos de la misma manera.

Asimismo, los usos normativos forman parte del ámbito de la ley, por ello las partes no están obligadas a probarlos, y los tribunales deben conocerlos en la misma medida que se supone conocen la ley y están obligados a aplicarlos *ex officio*, en tanto que los usos convencionales están sometidos al mismo régimen probatorio que las cláusulas contractuales. Por consiguiente, quien tiene la intención de invocar los usos convencionales debe

suministrar la prueba de su contenido.

En el marco de los sistemas jurídicos en los que la instancia superior está llamada a comprobar únicamente la aplicación de la ley en las sentencias dictadas por las instancias inferiores, se admite el recurso en relación con los usos normativos. Mientras que no procede el recurso de segunda instancia por la interpretación errónea de una cláusula contractual por las instancias inferiores.

Es importante aclarar que la integración de los usos y costumbres como fuente del derecho interno, tiene variantes en los diferentes sistemas jurídicos. Así los de Common Law se caracterizan por ser esencialmente consuetudinarios, en tanto que otros, como el nuestro, son fundamentalmente un producto legislativo.

Podemos concluir, que para considerar a la *Lex Mercatoria* como un sistema de Derecho consuetudinario, requeriría estar constituida no sólo por usos convencionales, sino también por costumbres contrarias a las leyes imperativas. De esa forma dichos usos convencionales contrarios se impondrían sobre las leyes supletorias.

1.6(2) También se señalan como parte de la sustancia de la *Lex Mercatoria*, los principios generales del derecho, una vez convertidos *ad hoc* en principios generales de ésta.

Eduardo García Máynez, se refiere al tema de los

principios generales del derecho, como una de las cuestiones mas controvertidas en la literatura jurídica. "Sin embargo casi todos los códigos modernos disponen que en aquellos casos en que no sea posible resolver una situación jurídica debe recurrirse a los principios generales del derecho".³⁹

Nuestro sistema jurídico hace referencia a los mismos, en el artículo 14 constitucional (En los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho) y en el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal (Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho).

Borja Soriano intenta una aproximación a la definición de los principios generales del derecho, diciendo que son los que se infieren por inducción de los principios particulares que existen en nuestras leyes y por sucesiva generalización, son el espíritu general de las mismas (Planiol), las nociones fundamentales sobre las que reposa un Código (Bonnesse), los que se obtienen por el procedimiento de la analogía (Geny), comprendiéndose en la

³⁹ Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, 10a. ed., 1961, pág. 370 y ss.

misma a la *analogía legis* y a la *analogía iuris*.⁴⁰

En opinión de García Máynez, resolver una cuestión imprevista de acuerdo con los principios generales del derecho, quiere decir fallarla como el legislador lo habría hecho, si hubiera podido conocer el caso especial. A mayor abundamiento, reproduce el artículo 10. del Código Civil suizo, por considerar que contiene "la fórmula de integración más feliz que ha logrado acuñarse", la cual está concebida de la siguiente forma: La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de cualquiera de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve de acuerdo con el derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, de acuerdo con las reglas que establecería si tuviese que proceder como legislador, se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia.⁴¹

Los Tribunales de arbitraje extraen estos principios, en particular, de los litigios contractuales y a menudo

⁴⁰ M. Borja Soriano, Op. Cit. 38, pág. 62 y ss.

Se entiende por analogía una correspondiente aplicación de un principio o conjunto de principios a casos jurídicamente semejantes. La base de la analogía puede ser, una disposición particular (*analogía legis*) o un conjunto de principios jurídicos, la síntesis de ellos, el espíritu del sistema enter (*analogía iuris*).

⁴¹ E. García Máynez, Op. Cit. 39, pág. 370 y ss.

fuera de ese ámbito.⁴² Sobre el particular, Philip Wood observa que en la práctica los jueces y árbitros, tienden a aplicar los principios más característicos de sus propios sistemas legales, con los cuales están más familiarizados.⁴³

Toda vez que dichos principios se encuentran comprendidos (con sus naturales matices) en la mayoría de los diferentes Derechos nacionales, es decir, son comunes a todos ellos, no es posible justificar con base en los mismos la especificidad y la autonomía de la *Lex Mercatoria*.⁴⁴

1.6(3) La *Lex Mercatoria* requiere una jurisdicción especial, el arbitraje, cuya autonomía respecto de los

⁴² Tutor Popescu, Op. Cit. 11, págs. 423 a 425.

Entre los "principios generales del Derecho" o "reglas comunes a las naciones civilizadas" deducidos por la jurisprudencia arbitral en esta materia pueden citarse los siguientes: *Pacta sunt servanda* (Principio del efecto obligatorio de los contratos); *res inter alia acta...* (efecto relativo de los contratos); *actori incumbit probatio...* (la carga de la prueba incumbe al demandante). Por lo que toca a las "reglas de interpretación de los contratos adoptadas en el interior de las naciones civilizadas", menciona el principio de la buena fe; la consideración de la finalidad del contrato, de las circunstancias temporales y el medio en que se ha concluido; la regla según la cual debe suponerse que los redactores de una cláusula le han querido dar significado real y esperan que la misma sea efectiva; *Rebus sic stantibus* (principio que ha permitido la conclusión de contratos de larga duración con una cláusula de hardship); la aceptación tácita de un contrato y de las condiciones generales que le acompañan si las partes mantienen correspondencia sobre sus relaciones y la marcha de su negocio; la regla de que no procede la interpretación de las cláusulas que son claras y precisas; la teoría de los vicios del consentimiento, la reciprocidad de las prestaciones en un contrato sinalagmático; el enriquecimiento sin causa como fundamento de la indemnización por daños (no contractuales); el principio general del Derecho de las obligaciones, según el cual ningún deudor puede establecer condiciones para la inajecución de sus compromisos; la obligación del deudor requerido de pagar los intereses de demora; el *fait du prince* (acto o decisión de los poderes públicos) interpretado como un caso de fuerza mayor; etc.

⁴³ P. Wood, Op. Cit. 15, pág. 3 y ss.

⁴⁴ T. Popescu, Op. Cit. 11, pág. 425.

sistemas jurídicos nacionales le permitiría definir unas reglas de Derecho sustancial, que constituirían la base o punto de partida de este llamado "derecho específico de la sociedad internacional de los comerciantes"(Philippe Kahn).⁴⁵

Al respecto es preciso cuestionarnos, si verdaderamente existe una jurisprudencia arbitral, que análogamente a la jurisprudencia de los tribunales nacionales que son fuente del derecho interno, pudiese considerarse como fuente del Derecho Mercantil Internacional.

El origen contractual del arbitraje, imprime su huella en toda la actividad desarrollada por el árbitro, es eminentemente una justicia privada, con una función limitada que solamente tiene valor para las partes involucradas en el caso concreto, por ello no constituye una jurisprudencia en sentido propio.

1.7 Impacto del derecho uniforme en el mundo de los negocios.

Resulta necesario que atendamos al impacto que el derecho uniforme ejerce sobre sus principales destinatarios, la empresa y los hombres de negocios.

Gran parte de la complejidad de las transacciones

⁴⁵ P. Kahn, Op. Cit. 31, págs. 301 a 316.

comerciales internacionales deriva de la aplicación de diferentes sistemas jurídicos. La incertidumbre que ésta situación genera ha sido una de las principales motivaciones que han alentado el proceso de unificación del Derecho Mercantil Internacional.⁴⁶

Sin embargo, no resulta fácil hacer referencia a este tema en relación con el cual no existen apoyos firmes sobre los que podamos avanzar certeramente hacia conclusiones sólidas. No obstante su difícil precisión, considero fundamental su importancia, tanto para valorar el resultado de los esfuerzos uniformadores del Derecho Mercantil Internacional, como la forma en que dicho proceso es realizado por los juristas y demás expertos que dedican su esfuerzo a tan necesaria labor.

Incursiona en este campo Philippe Kahn⁴⁷, con un interesante estudio que analiza el impacto de las diversas convenciones elaboradas en materia de compraventa, relativas tanto al conflicto de leyes como al derecho material.

Dado que el contrato de compraventa es el eje en torno al cual giran la mayor parte de las transacciones mercantiles internacionales, es ilustrativo el estudio de Kahn como punto de referencia para evaluar los logros alcanzados por el Derecho uniforme. Sin embargo en mi

⁴⁶ P. Wood, Op. Cit. 15, pág. 4.

⁴⁷ P. Kahn, Op. Cit. 31. El autor es Director de Investigación del CNRS, Credimi-Dijon.

opinión no debemos sobrevalorar sus resultados, en virtud de que se circunscribe al tema de la regulación uniforme de la compraventa.

La información utilizada por Kahn para su estudio fue obtenida a través de una encuesta realizada - el método semeja más un sondeo que un estudio exhaustivo - sobre una base representativa de juristas de las empresas, árbitros, jueces, abogados de despachos internacionales y responsables de los servicios jurídicos de los organismos profesionales que siguieron, en su momento, el proceso de elaboración de las convenciones.

Es importante destacar que el estudio en comentario se refiere a las convenciones anteriores a la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, que entró en vigor el 1 de enero de 1988, y que aventaja en muchos aspectos a sus predecesoras.⁴⁸ Baste mencionar que a la fecha ha entrado en vigor en 11 Estados, entre los que se cuentan los Estados Unidos, cuya importancia en la economía mundial no necesita ser reiterada; y China, el mayor de los países en vías de desarrollo.

Entre las principales conclusiones a que arriba Kahn, podemos mencionar las siguientes:

a) Las diversas convenciones sobre la compraventa anteriores a la Convención de Viena son prácticamente desconocidas por los profesionales. Sus textos no han

⁴⁸ Elaborada por la CNUDMI.

trascendido suficientemente a la prensa profesional, ni a las publicaciones de los organismos orientados hacia el comercio exterior. Así, pues, existe indiferencia pero no hostilidad en los medios profesionales hacia las mismas.

b) En las estipulaciones contractuales rara vez se toman en cuenta las convenciones de unificación. En la mayoría de los casos los profesionales del derecho las conocen superficialmente o incluso las desconocen.

c) Por lo que toca a los laudos arbitrales rara vez se citan las convenciones en materia de compraventa y cuando se hace es a petición de los interesados.⁴⁹

d) Los operadores comerciales que conocen las convenciones las consideran inadecuadas, cuando no inútiles.

Kahn propone para remediar esta situación, ampliar la labor de difusión de las convenciones en materia de compraventa mediante las formas habitualmente usadas por las organizaciones profesionales a quienes van dirigidas, y completar la Convención de Viena, con reglas específicas por producto elaboradas con el concurso de los profesionales interesados.

Es importante destacar la trascendencia del papel que como difusores de las Convenciones desempeñan los consejeros jurídicos que colaboran con los operadores

⁴⁹ Como fuente de la aseveración anterior Philippe Kahn cita el minucioso Yearbook of Arbitration y las crónicas de Derains y Jarvit, publicadas desde 1974 en el Journal de Droit International (Clunet), pág. 309.

económicos, debido a su participación tanto en la elaboración de los contratos como en la exposición de los fundamentos de derecho en un litigio. Por tal motivo la ignorancia, desconfianza y hostilidad, por parte de los abogados hacia las normas uniformes suponen un grave obstáculo para su asimilación en la práctica. Resulta vital analizar y resolver este problema, a fin de allanar el camino hacia una mas rápida unificación del Derecho Mercantil Internacional.

Conviene por lo menos apuntar, un fenómeno de signo contrario al escaso efecto obtenido por las convenciones existentes en materia de compraventa, me refiero al éxito obtenido por los INCOTERMS entre los profesionales del comercio exterior, debido entre otras causas a su naturaleza potestativa.

Royston M. Goode,⁵⁰ quien ha participado destacadamente en las actividades del UNIDROIT, opina que resulta esencial para lograr éxitos en lo sucesivo en la regulación uniforme del Derecho privado, evitar la repetición de los errores cometidos.

En opinión de Goode, es fundamental basar la decisión de emprender un proyecto de unificación, en los resultados de un estudio previo que demuestre que el tema analizado presenta un verdadero problema, que motive suficientemente la necesidad de ser regulado uniformemente, así como su

⁵⁰ R. M. Goode, Op. Cit. 30, pág. 226 y ss.

factibilidad para producir resultados sustanciales.

Asimismo, recomienda un enfoque realista que evite emprender proyectos ambiciosos e inútiles en áreas que fácilmente pueden ser reguladas por las partes de manera contractual⁵¹. En abundancia de lo anterior, señala Goode, que las empresas y los hombres de negocios son especialmente aptos para cuidar de sí mismos en las relaciones contractuales, escogiendo las condiciones que mejor convengan a las características particulares de sus negocios.

También reconoce que las regulaciones uniformes deben ser lo suficientemente flexibles para adaptarse a la constante evolución de las relaciones comerciales. Por lo tanto, en opinión de Goode, es conveniente evitar la formulación de reglas rígidas que no reconozcan la naturaleza esencialmente dinámica del comercio.

Finalmente, señala como un aspecto de importancia esencial, involucrar a los hombres de negocios así como a las organizaciones profesionales respectivas, desde el inicio de los trabajos para la unificación de las materias propias de su actividad. Es decir, cuando las ideas aún están en su etapa formativa. De esta forma, se aprovecha su experiencia, y pueden definirse con exactitud y sentido práctico los problemas, objetivos y medidas para la

⁵¹ Este problema será tratado con mayor amplitud en el Capítulo IV, al analizar la Convención de Factoring Internacional del Unidroit, ya que en la misma se pasa por alto la regulación de aspectos contractuales que las partes libremente pueden variar o excluir, pues representaría un trabajo estéril.

uniformización, cuyos resultados tendrán una mejor aceptación al ser producto de sus destinatarios.

Como regla general, podemos afirmar que la concurrencia de ciertas circunstancias es fundamental para el éxito de la regulación uniforme de una materia: el campo a regular debe ser estrecho y especializado, aún no estar regulado por las diversas legislaciones nacionales, abarcar transacciones altamente institucionalizadas, de carácter internacional y realizarse mediante la adopción de reglas que liberen a las partes contratantes de ciertas restricciones impuestas por las diversas legislaciones nacionales consideradas como obstáculos al comercio internacional.⁵²

La perspectiva general de la tendencia hacia la uniformidad del Derecho Mercantil Internacional es favorable, como se puede concluir por los múltiples avances comentados a lo largo del Capítulo Primero, sin embargo queda aún un largo camino por recorrer. Sería deseable contar en el futuro, con mayores elementos de juicio que nos permitan evaluar con certeza el impacto que el derecho uniforme va teniendo sobre sus destinatarios.

⁵² R. M. Goode, Op. Cit. 30, pág. 226 y ss.

CAPITULO SEGUNDO

ORIGEN Y DESARROLLO DEL FACTORING

2.1 Breve aclaración terminológica

En esta época, en la cual prolifera la asimilación innecesaria de términos anglosajones en nuestro vocabulario, considero importante dejar constancia de mis razones para emplear el término "factoring", con preferencia sobre el utilizado por nuestra legislación.

El vocablo factoring, revela con exactitud la singularidad tipológica de esta figura, además de que su utilización ha cobrado carta de naturalización en el ámbito internacional. Es el término con el que unánimemente se le designa en la práctica y en la doctrina internacionales, como lo prueba la literatura existente sobre sus aspectos jurídicos, económicos y financieros.

Utilizaré prevalecientemente el término factoring,

salvo al referirme al derecho positivo mexicano, que acuñó la fórmula de factoraje financiero para designar el equivalente doméstico de esta figura.

2.2 Consideraciones históricas

2.2(1) La venta de deudas para su cobranza es tan antigua como el comercio mismo. Sin embargo, el precedente histórico directo del factoring contemporáneo, lo encontramos en la época de la colonización de Norteamérica por el Reino Unido, en la figura del "commission agent" inglés del siglo XV,⁵³ el cual presenta los caracteres conceptuales del contrato de comisión, en su modalidad típica de comisión de venta, por cuenta del comitente exportador del Viejo al Nuevo Mundo.⁵⁴

Esta figura de intermediación comercial va desarrollándose poco a poco, adquiriendo importancia económica en el tráfico con las colonias y acumulando nuevas funciones respecto a la mera distribución de mercancías, configurándose como un verdadero representante local del comerciante inglés.

Sus funciones no dejaron de aumentar a lo largo de los

⁵³ José Antonio García González, "Notas sobre el contrato de factoring en Italia", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Núm. 25, Año VII, Madrid, Enero-Marzo 1987, pág. 91 y ss.

⁵⁴ José María de Eizaguirre, "Factoring", Revista de Derecho Mercantil, Nums. 187-188, Madrid, Enero-Junio, 1988, pág. 40.

siglos XVI, XVII y XVIII, ampliando su campo de acción al manejo de información comercial, a la relación con la clientela, a la garantía de solvencia de los compradores⁵⁵, así como al otorgamiento de anticipos sobre las mercancías vendidas.

El paso siguiente en la evolución histórica de esta figura, fue su conversión de mero intermediario comercial, a la realización de funciones financieras.

La libertad de acción de estos comerciantes y su creciente especialización, preparan el camino para el surgimiento del llamado *Old Line Factoring*. Bajo esta modalidad, el factor⁵⁶ por su cuenta y riesgo se encarga del cobro y financiamiento de las facturas a favor del comerciante.

Anteriormente el factor pagaba al productor previa deducción de su comisión, después de haber cobrado. Mediante este sistema debía pagar al momento de recibir las mercancías.⁵⁷

El término *factors* es el que designa habitualmente a estos comerciantes, como lo muestra la publicación en 1823

⁵⁵ Los Factores del *credere*, garantizaban a sus patrones el pago íntegro de las mercancías por parte de sus clientes, en el caso de que éstos no cubrieran sus obligaciones. Con frecuencia se ha comparado esta figura con la de un garante o fiador, en tanto que responden subsidiariamente en caso de incumplimiento del obligado principal.

⁵⁶ El sentido en el que se utiliza el término Factor en este trabajo, nada tiene que ver con el que nuestro Código de Comercio le da en su artículo 309 y ss., al referirse al Factor o Gerente, en lo relativo a los auxiliares mercantiles.

⁵⁷ Serge Rolin, *El Factoring*, Ediciones Pirámide, 1a. ed., Madrid, 1975, págs. 17 y ss.

de la primera Factor's Act⁵⁸ , cuyo propósito era el de regular su actividad. Quizá la disposición más importante de éstas, consistía en otorgar de modo explícito un "lien" o derecho de garantía sobre las mercancías entregadas al factor por su principal.⁵⁹

A finales del siglo XIX, una serie de cambios en el sistema económico americano, la ampliación de la red de transportes y comunicaciones, la entrada en vigor de diversas medidas proteccionistas a través de la McKinley Act, repercuten negativamente en la actividad tradicionalmente desarrollada por los factores. Durante esos años, la economía de los Estados Unidos experimentó un importante crecimiento del mercado interior y de la producción nacional.

Los factores se adaptaron a la nueva situación, orientándose a la financiación de ventas y atendiendo las necesidades de garantía de la solvencia de los compradores.

Sin embargo, la actividad de los factores se vió prácticamente paralizada, hasta que como consecuencia de la Factor's Act del Estado de Nueva York de 1911 y de su reforma en 1931 que permitía un "lien" o garantía en favor

⁵⁸ Ibidem, pág. 17 y ss.

⁵⁹ G. Cabanellas de las Cuevas y Eleanor C. Hoague, Op. Cit. 28, pág. 307.

del factor, desaparecen diversas restricciones que posibilitan nuevamente la operación de los factores mediante la cesión de créditos de sus clientes.

2.2(2) Un acontecimiento de vital trascendencia para el desarrollo del factoring en los Estados Unidos, es el artículo 9 del Uniform Commercial Code (UCC),⁶⁰ el cual es un código completo sobre el perfeccionamiento y rango de los títulos de deuda con garantía.

El UCC autoriza la realización de cesiones de créditos futuros mediante su simple registro, permitiendo bajo esa base la entrega de anticipos de dinero. La cuestión del registro es un elemento esencial para su validez. Sin embargo, el UCC contempla una excepción: el caso del deudor ubicado en una jurisdicción que no sea parte de los Estados Unidos o Canadá, en cuyo caso bastará la simple notificación al deudor, para el perfeccionamiento de la transmisión.

Las consecuencias de la invalidez por falta de registro o transmisión, deben ser vistas en función de los problemas relacionados con la prelación en caso de que exista reclamación acerca de la titularidad del derecho.

La importancia práctica de este artículo en el ámbito

⁶⁰ P. Wood, Op. Cit. 15, pág. 332 y ss.

El UCC ha sido adoptado por la totalidad de los estados de la unión americana, con algunas modificaciones locales.

internacional debe de ser considerada, tomando en cuenta que los contratos americanos regulan este tipo de transacciones con arreglo al mismo.

El artículo 9 del UCC, llenó una laguna importante al brindar seguridad en contra de terceros.⁶¹ No debe extrañarnos que como consecuencia de contar con un marco jurídico más seguro, las operaciones de los factores en los Estados Unidos experimentaran un notable crecimiento, al igual que los "accounts receivable financing"⁶².

2.2(3) El factoring moderno estaba listo para ser exportado a Gran Bretaña y al resto del mundo, en el que tendría una entusiasta acogida como una forma altamente especializada de financiamiento.

Una vez sentadas las bases legales, la intervención de la banca norteamericana en las sociedades de factoring, generó un renacimiento de esta actividad. A partir de 1962, se inicia la creación de filiales que quedarían englobadas en distintas cadenas internacionales de factoring.

Corresponde tal iniciativa al First National City Bank de Boston, mediante la fundación de una holding en Suiza, la International Factors, cuyo objetivo era la creación de sociedades de factoring en los diversos países de Europa

⁶¹ Freddy Salinger, Factoring Law and Practice, Sweet and Maxwell Limited, 1a. Ed., Londres, 1991, pág. 7.

⁶² Así es como se designa en los Estados Unidos el descuento de facturas sin notificación al deudor, cuando el cesionario asume el riesgo del pago.

Occidental.⁶³

La introducción de ésta figura en Europa, se da a la par del surgimiento en los Estados Unidos del **New Style Factoring**, que es la modalidad más moderna del factoring, caracterizada principalmente, por una oferta mas amplia de servicios conexos a la gestión de cobranza, así como por un mayor desarrollo de las restantes prestaciones de índole financiera y administrativa.⁶⁴

Es importante señalar que la asimilación del factoring, fue mas lenta en aquellos países en los que el descuento de títulos de crédito⁶⁵ y el seguro del crédito formaban parte normal de las actividades comerciales, como es el caso de Francia y España.

2.3 Definición y naturaleza del factoring

La evolución del contrato, o tal vez mejor de los contratos de factoring, dada la variedad de modalidades en que se presenta, pone de manifiesto la importancia de la compraventa financiada. Sin financiamiento accesible y oportuno, la producción y comercialización masiva y en serie de bienes y servicios, se vería notablemente

⁶³ Freddy Salinger, Op. Cit. 57. pág. 22 y ss.

⁶⁴ J. M. de Eizaguirre, Op. Cit. 54, pág. 41.

⁶⁵ Gonzalo Cortina Ortega, Prontuario Bursátil y Financiero, Editorial Trillas, 2a.ed., México, 1988, págs. 73 y 74.

El descuento es la diferencia entre el valor de un título a su vencimiento y su valor actual. Operación de adquirir antes del vencimiento, valores transmisibles, deduciendo un tanto por ciento como retribución.

obstaculizada.

Como consecuencia de esa necesidad, debe recurrirse a un tercero que con una organización especial en base a los contratos en masa, pueda desligar a la empresa productora y también a la comercializadora de la pesada carga consistente en la espera del pago de bienes o insumos que se le adeudan, permitiéndole incrementar su liquidez sin endeudarse.⁶⁶

En síntesis podemos decir que el factoring persigue dos finalidades perfectamente definidas:

a) Como vía instrumental para obtener medios líquidos inmediatos; y

b) Como procedimiento operativo destinado a aliviar y descongestionar la labor administrativa de la empresa asistida.

2.3(1) Caracterización descriptiva del factoring como conjunto de servicios

Algunos autores consideran que el factoring es un producto de lo que se denomina actividad parabancaria (Near banking activity).⁶⁷ Por su origen, sabemos que esta figura surgió fuera de la banca tradicional, pero su naturaleza esencialmente financiera ha llevado a

⁶⁶ Monica Bighetti, "Factoring", Rivista di Diritto Civile, Núm. 2, Año XXXIII, Padua, Marzo-Abril, 1991, pág. 242.

⁶⁷ J. M. de Elizaguirre, Op. Cit. 54, pág. 50

considerarla una actividad complementaria de la bancaria.

El factoring es un servicio financiero totalmente compatible con el crédito bancario, ya que atiende necesidades distintas.

Por sus matices tipificantes podemos decir que es un contrato financiero y bancario, mediante el cual una empresa especializada presta un conjunto de servicios, para atender financiera y administrativamente la cartera de deudas de la empresa cliente, por un precio cierto oportunamente estipulado.⁶⁸

Esta caracterización mínima, es la mas común a las distintas clases de factoring y nos sirve de punto de partida para conceptualizarlo como un conjunto de servicios.

No debemos soslayar, el desarrollo predominante que el sector de los servicios tiene en la actualidad. Los servicios se han convertido en uno de los aspectos determinantes de la competitividad internacional de las naciones. Esto se debe, no sólo a la alta participación que tienen en el Producto Nacional Bruto y empleo, sino fundamentalmente, debido a la íntima relación que guardan

⁶⁸ Giorgio Fossati y Alberto Porro, Il Factoring: Aspetti economici, finanziari e giuridici, Giuffrè Editore, 2a. ed., Milán, 1980, págs. 17 y ss.

con el desarrollo del sector manufacturero.⁶⁹

En este mismo orden de ideas, el factoring se presenta de modo interdependiente como servicio de seguro del crédito, de financiamiento y de gestión, además de los servicios secundarios que caracterizan al factoring más moderno.⁷⁰

En lo que toca a los servicios adicionales, las empresas de factoraje norteamericanas han ido a la vanguardia. A manera de ejemplo podemos mencionar: los anticipos de fondos, la realización de estudios de mercado y selección de clientes, informaciones comerciales y estadísticas, el almacenamiento de mercancías, así como asesoramiento integral en relación con la instrumentación de los créditos, en sus aspectos jurídicos, contables e impositivos, o sobre las distintas modalidades y variaciones operativas del factoring.⁷¹

2.3(2) A pesar de la aplicación universal de esta figura, es preciso señalar que el factoring no es idéntico en todos los países. Existen variantes en su contenido y modalidades, en razón de la gran adaptabilidad

⁶⁹ Kathleen Ann Griffith, "An interview with Dr. Jaime Serra Puche", The Columbia Journal of World Business, Nueva York, primavera 1992, pág.54. El sector servicios representa el 64% del PNB mundial. En el caso de los Estados Unidos y Canadá, los servicios contribuyen con 3/4 partes del producto total y empleo, en México la proporción es de 2/3.

Podemos ejemplificar la nueva importancia de los servicios, con los conceptos de calidad total y de producción "just-in-time", que dependen significativamente de los servicios de telecomunicación y de informática.

⁷⁰ S. Rolin, Op. Cit. 57, págs. 62 y ss.

⁷¹ Ibidem, págs. 62 y ss.

de esta figura y de los diferentes entornos económicos y jurídicos en que funciona.

Sin embargo, podemos encontrar características comunes a la mayoría de las diversas versiones nacionales del factoring. Tal es el caso de los principios de globalidad y exclusividad, que figuran como condiciones específicas en los contratos.⁷²

El factor obtiene su pago en la forma de la comisión que recibe del proveedor o cliente, que varía dependiendo de la combinación de servicios prestados. En el caso de los pagos anticipados por el factor, éste obtiene el beneficio de los intereses correspondientes. Puede apreciarse que las operaciones de factoring requieren una relación continuada del factor con el cliente, tanto por su naturaleza, como para permitir al factor amortizar su inversión. Es precisamente en estas consideraciones que se basan los principios de exclusividad y globalidad.

La cláusula o principio de exclusividad, significa que el cliente no puede celebrar otros contratos de factoring que le permitan mantener relaciones con otra u otras sociedades de factoring.

Por su parte, la cláusula o principio de globalidad, significa que el cliente cedente ha de transmitir todos sus créditos frente a terceros, o ciertos tipos de créditos que resulten de la operación de su negocio, al factor. La

⁷² J. A. García González, Op. Cit. 53, pág. 93 y ss.

transmisión global es fundamental para que el factor esté en condiciones de prestar todos sus servicios.

2.3(3) Para comprender cabalmente la actividad desarrollada por los factores, no basta con atender a los fundamentos sobre los que operan o los servicios que prestan, es necesario valorar también las características de los créditos que se ceden.

Los créditos de los que el factor es cesionario son créditos comerciales, relativos a la venta de bienes o a la prestación de servicios por la empresa cliente, cuyo pago se aplaza según los usos del sector, que normalmente oscilan entre 30 y 180 días, aún cuando pueden darse plazos mayores.

2.3(4) El cedente tiene la obligación general de garantizar a su cesionario la existencia, disponibilidad y liquidez de los créditos cedidos. Junto a estas obligaciones, se suelen señalar otras que tienden al buen fin del contrato, como son el cumplimiento de las formalidades necesarias para la cesión, la no modificación de las condiciones de venta sin consentimiento del factor, las obligaciones de comunicación e información, etc., sobre las que el factor tiene un poder de vigilancia semejante al usual en las operaciones crediticias.

Como contrapartida a este régimen de tipo genérico, riguroso para el cedente, el factor cesionario realiza los

servicios que hemos venido comentando, que pueden agruparse en cuatro grandes grupos: gestión de los créditos, garantía de la insolvencia de los deudores, financiación mediante el pago anticipado de los créditos y los servicios accesorios.⁷³

2.3(5) En sentido estricto, la gestión de los créditos, abarca las operaciones relativas a la contabilidad, cobro y eventual reclamación judicial. Pero en un sentido más amplio, hay que relacionar estos servicios con el mantenimiento de relaciones estables entre cedente y deudor.

2.3(6) Por lo que toca a la garantía de buen fin sobre los créditos cedidos o garantía por insolvencia de los deudores, implica una reducción del riesgo y permite seleccionar a la futura clientela, además de brindar certeza en el cobro, lo que repercute positivamente en el flujo financiero de la empresa.

Como se ha visto en la páginas precedentes, el factoring supone además del financiamiento, una simplificación de costos y de contabilidad que favorece una correcta planificación, brinda información comercial sobre la solvencia de los deudores cedidos y favorece la racionalización organizativa.

⁷³ Ibidem, pág. 93 y ss.

2.4 Clasificación de los tipos de factoring

Hemos visto la manera en la que a lo largo de su desarrollo, la figura del factoring, ha tomado diferentes formas para adaptarse a las necesidades del momento. Esto complica la exposición de los diferentes tipos de factoring, por ello es preciso recurrir a la siguiente clasificación:

2.4(1) En relación con el financiamiento, el contrato de factoring puede o no comprender el otorgamiento de financiación a favor del cliente.

En el caso del factoring con financiación o "credit cash factoring"⁷⁴, se fortalece la liquidez de las empresas factoreadas, ya que permite al cliente obtener del factor el pago inmediato de los créditos oportunamente cedidos, cualquiera que sea la fecha de vencimiento de las respectivas facturas, a cambio del pago de intereses que se pactan en función del plazo que reste para el vencimiento de las obligaciones transferidas. De este modo, el cliente coloca su producción al contado gracias a los pagos o anticipos que le realiza el factor y los deudores pagan al factor en los plazos originalmente estipulados. Los plazos de financiación que se utilicen mediante esta modalidad, dependerán de las circunstancias coyunturales del mercado

⁷⁴ S. Rolin, Op. Cit. 57, pág. 33.

financiero.

En el caso del factoring sin financiación, también conocido como "maturity factoring"⁷⁵, el interés de la operación se centraliza en la asistencia técnica, contable y administrativa como objeto principal del contrato, mientras que el pago de los créditos cedidos se realiza conforme sea el vencimiento normal de las facturaciones.

Las empresas clientes persiguen mediante esta modalidad, la racionalización de su estructura interna. La finalidad está ausente dado que la empresa cliente percibe el producto de sus ventas en la medida que sus deudores cancelen sus deudas en los vencimientos pactados. El factor actúa como mandatario del cliente ante los deudores, sin asumir riesgo económico alguno ni quedar afectado por la falta de pago de los créditos.

2.4(2) En relación con las modalidades de ejecución, las cuales dependen de que se notifique o no a los deudores la transmisión de las facturas a favor del factor y cuyo pago requiere para ser válido y con plenos efectos liberatorios ser realizado directamente al factor.

El primer caso, el del "notification factoring"⁷⁶, los clientes de los factores se comprometen a incluir en toda factura enviada, una cláusula que notifica a sus

⁷⁵ F. Salinger, Op. Cit. 61, Pág.19.

⁷⁶ Ibidem, pág. 14 y ss.

deudores que su pago sólo podrá ser válidamente liberado por el factor. Consecuentemente, el cliente se obliga a rechazar todo pago que se pretenda hacer directamente a él o a remitir al factor todos los pagos que se hubieren recibido por error. El pago que se efectúe al cliente, carecerá de valor y de efecto cancelatorio.

En el segundo caso, el del "non-notification factoring"⁷⁷, el cliente mantiene en reserva sus relaciones con el factor, las que son ignoradas por los deudores. El pago se efectúa al cliente acreedor, el cual transmite la copia de sus facturas al factor, comprometiéndose a remitirle su importe cuando hayan sido abonadas. Esta variante conlleva a que el factor se limite a la cobertura de los riesgos de insolvencia, o a una eventual financiación. Por ello, puede decirse que no hay vinculación operativa directa entre el factor y los deudores del cliente.

2.4(3) Por sus alcances en la cobertura de riesgos, es decir por el hecho de que el factor asuma o no a su cargo los riesgos de insolvencia, demora o falta de pago de los créditos transferidos y, consecuentemente, la realización de los trámites y gestiones extrajudiciales o judiciales que sean necesarios para obtener el debido cumplimiento de las deudas.

⁷⁷ Ibidem, pág. 18 y ss.

Obviamente, la opción de mayor relevancia es aquella en la que el factor asume los riesgos de insolvencia sin acción de regreso contra el cliente. Al asumir dicho riesgo, el factor compromete su patrimonio, soportando las consecuencias de la eventual falta de pago de los créditos transferidos.

El riesgo de insolvencia que asume el factor, en su carácter de nuevo titular del crédito, nos lleva a la siguiente consideración. Desde el punto de vista de la empresa de factoring como actividad mercantil de lucro, la compensación de riesgo resulta fundamental, puesto que asume los créditos y los paga al vencimiento previsto, descontando el precio de la financiación. Este riesgo justifica la fijación de una tasa de interés que permita compensar los créditos que resulten fallidos, gracias a la realización masiva de esta operación con un cierto margen de beneficio. En este punto radica la principal justificación y utilidad del factoring.

2.4(4) Por su área geográfica, puede ser local o internacional.

a) Será local, si el proveedor, productor, fabricante o vendedor de bienes o servicios y sus respectivos compradores o adquirentes residen en el mismo país.

b) Es internacional cuando residen en distintos países. Esta segunda variante, en sus modalidades de

importación y exportación , será tratada en el siguiente capítulo.

2.5 El Factoraje Financiero en México.

El factoraje financiero no fue regulado por la legislación mexicana sino hasta el 3 de enero de 1990 y tampoco existen precedentes jurisprudenciales sobre el mismo.⁷⁸

Sin embargo desde hace varios años era operado bajo diferentes modalidades en nuestro país. El primer financiamiento de cuentas por cobrar no documentadas, lo ofreció la empresa Corporación Interamericana en el año de 1967, la cual posteriormente pasó a formar parte del grupo Serfin, constituyéndose como Factoring Serfin, S.A.⁷⁹

A partir de 1986, ha existido un gran interés en este servicio financiero, a consecuencia de la creciente necesidad de capital de trabajo de las empresas industriales y comerciales.

En febrero de 1988 Factoring Serfin, ingresó a la Factors Chain International, que es la cadena mas importante a nivel mundial, ya que agrupa a 83 empresas de factoring, en 32 países de los 5 continentes. Como miembro

⁷⁸ Miguel Acosta Romero, Derecho Bancario, Editorial Porrúa, 4a. ed., México, 1991, pág. 735 y ss.

⁷⁹ Ernestina Castillo Peña, "El Factoring", Revista Jurídica Veracruzana, 50/51, Julio-Diciembre de 1989, Tomo XXXIX, Xalapa, Veracruz, México, pág. 55 y ss.

de una cadena de factoring está en condiciones de proporcionar al exportador mexicano cobertura de riesgo por falta de pago del comprador extranjero, ya sea por insolvencia, incapacidad o incumplimiento en el extranjero, con la seguridad total de hacer efectiva la cobranza, siempre y cuando lo exportado cumpla lo establecido con el importador en plazo, fecha de entrega, producto y calidad.⁸⁰

2.5(1) La regulación del factoraje financiero en México

La operación de factoring pasó de ser una actividad no regulada por las leyes, ni sujeta a autorización previa del Gobierno Federal, a su inclusión en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (LGOAAC), como capítulo III-bis, denominado "De las empresas de factoraje financiero", que comprende los artículos 45-A al 45-T.

Asimismo, gobiernan esta actividad las Reglas para la operación de empresas de factoraje financiero,⁸¹ las

⁸⁰ Ibidem, pág. 58.

⁸¹ M. Acosta Romero, Op. Cit. 78, pág. 744.

Las cuales fueron publicadas el día 16 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación.

En esas reglas, a las que califican de básicas, se dan una serie de normas relativas al capital mínimo pagado de las sociedades de factoraje, a la integración del capital contable, a los informes que deberán mandar al Banco de México, a la realización de ciertas operaciones pasivas, a los términos y condiciones en que pueden emitir obligaciones subordinadas, al límite máximo de responsabilidades a cargo de un deudor y a otros aspectos operativos.

cuales complementan las disposiciones de los artículos de la LGOAAC y constituyen un verdadero reglamento de la ley, que no está expedido por el Presidente de la República⁸².

La creación de empresas de factoraje financiero está sujeta al régimen de autorización por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El capital mínimo pagado debe ser de 9,500 millones de pesos, constituirse bajo la forma de sociedad anónima y su capital contable debe estar invertido de acuerdo a lo establecido en las reglas mencionadas anteriormente.

La LGOAAC, faculta a las empresas de factoraje financiero para celebrar este tipo de actos y establece las modalidades y requisitos aplicables.

Mediante el contrato de factoraje financiero, la empresa conviene con el cliente adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado y determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y forma en que se pague.⁸³

En dichos contratos es posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

⁸² Ver facultad reglamentaria, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 89, fracción I.

Considero importante comentar que estas tendencias legisferantes (como las calificó el maestro Barrera Graf), en materia de Derecho Mercantil, se han manifestado en México durante el presente sexenio con fuerza inusitada y peligrosa.

Sobre el particular me permito recordar una de las últimas participaciones del maestro Barrera Graf (Op. Cit.5), en la que atribuye este fenómeno, al predominio absoluto e incontestado del Poder Ejecutivo Federal y al descaído del Legislativo, por virtud de lo cual el principio constitucional de la división de poderes (Artículo 49 de nuestra Constitución Política) es punto menos que letra muerta.

⁸³ LGOAAC Artículo 45-B.

a) Que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero. Esta modalidad es conocida como factoraje financiero **sin recurso o puro**.

b) Que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito objeto del contrato. Esta modalidad es el factoraje financiero **con recurso**.

Asimismo, la LGOAAC establece, que solamente podrán ser objeto del contrato de factoraje financiero, aquellos derechos de crédito **no vencidos** que se encuentren documentados en facturas, contrarecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento, denominado en moneda nacional o extranjera, que acredite la existencia de dichos derechos de crédito y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.⁸⁴

Nuestra legislación⁸⁵ contiene también, la obligación a cargo del cliente de garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato de factoraje financiero.

Asimismo la LGOAAC, impone al cliente la obligación de responder del detrimento en el valor de los derechos de crédito objeto de los contratos, que sean consecuencia del

⁸⁴ LGOAAC Artículo 45-D

⁸⁵ LGOAAC Artículo 45-E

acto jurídico que les dió origen, salvo que se encuentren documentados en títulos de crédito⁸⁶.

Es importante destacar que si del acto jurídico que dio origen a los derechos de crédito se derivan devoluciones, los bienes correspondientes se entregarán al cliente, salvo pacto en contrario.

Por lo que toca a la transmisión de derechos de crédito a la empresa de factoraje financiero, comprende la de todos los derechos accesorios a ellos salvo pacto en contrario. A fin de que la transmisión surta efectos, se deberá notificar al deudor en forma indubitable; a tal efecto no importa si la operación ha sido inscrita o no, en registro alguno⁸⁷.

Otra disposición relevante consiste en que el pago del deudor al acreedor original, o al último titular de los derechos de crédito, tiene efectos liberatorios, salvo que le haya sido notificada la transmisión, ya que en ese supuesto deberá realizar el pago ante la empresa de factoraje financiero⁸⁸.

En el marco de la legislación y de la práctica del factoraje financiero en México, podemos caracterizarlo como una operación financiera que proporciona capital de trabajo a las empresas, a través de la adquisición de sus cuentas por cobrar, así como servicios de administración, custodia,

⁸⁶ LGOAAC Artículo 45-F

⁸⁷ LGOAAC Artículo 45-I

⁸⁸ LGOAAC Artículo 45-J

gestión de cobranza, seguro contra cuentas dudosas y asesoría crediticia.

En este sentido es un financiamiento ágil, de disponibilidad inmediata y equilibrado en relación al volumen de ventas de la empresa cedente de su cartera de cobranza para lo cual sólo se requiere una cesión de derechos de la cartera cobrable y en base a ello prácticamente de inmediato se obtiene liquidez. El factoraje financiero con recurso es la modalidad más utilizada en nuestro país.⁸⁹

2.5(2) La clasificación del contrato de factoraje financiero

La caracterización de todo contrato debe hacerse desde el punto de vista de su estructura y de la función que está llamado a cumplir. El factoring, en tanto pluralidad de actos que tienden a conseguir un fin económico concreto, puede ser clasificado de la siguiente manera:

1) Es un contrato **bilateral** en sentido estricto o **sinalagmático**, en virtud de que las obligaciones que de él se derivan a cargo de ambas partes, tienen entre sí una interdependencia recíproca⁹⁰.

⁸⁹ Martín Celaya Bolaños, "Operaciones de factoraje", Entrevista publicada por Información Dinámica de Consulta, Año V, Núm. 93, 31 de enero de 1990.

⁹⁰ Ramón Sánchez Medel, De los contratos civiles, Editorial Porrúa, 8a. ed., México, 1988, pág. 111 y ss.

ii) Por su criterio preponderantemente económico, lo podemos clasificar como un contrato **oneroso**, porque se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. A mayor precisión, es un contrato **comutativo**, ya que las prestaciones que se deben las partes son determinadas desde la celebración del contrato. En tal virtud, las partes pueden apreciar al momento de contratar, el beneficio o la pérdida que les causa el contrato⁹¹.

iii) El contrato de factoraje financiero es un contrato **nominado**, por estar previsto expresamente en nuestra legislación.

iv) Asimismo es un contrato de naturaleza **formal**, ya que el establecimiento de las condiciones y modalidades en las que se prestará el servicio, requiere la forma escrita para su validez.

v) En virtud de que el factor se obliga a la prestación continua y repetida de sus servicios en el tiempo, podemos afirmar que es un contrato de **tracto sucesivo**.

vi) El contrato de factoraje financiero, es un contrato **principal**, ya que tiene fin propio y puede existir por sí mismo.

Finalmente, y al margen de las clasificaciones doctrinarias, podemos caracterizar al factoraje financiero como un contrato que regula la prestación de diversos

⁹¹ Ibidem, pág. 111 y ss.

servicios financieros y/o administrativos de gestión y cobranza.

CAPITULO TERCERO

EL FACTORING INTERNACIONAL

3.1 Introducción

Un contrato de factoring, normalmente será designado internacional, si el cliente, en su calidad de proveedor de bienes y servicios, y la persona responsable del pago de los mismos, se encuentran ubicados en diferentes países.⁹²

La aplicación de modalidades operativas de factoring diversas de las utilizadas en el ámbito nacional, se debe fundamentalmente a las diferencias de lenguaje, de prácticas comerciales y de orden jurídico.

Gran parte de la complejidad legal asociada con las operaciones financieras internacionales, resulta de la inevitable aplicación de las leyes de más de un país⁹³.

⁹² F. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 115 y ss.

⁹³ P. Wood, Op. Cit. 15., pag. 4.

A diferencia del factoring doméstico, en el cual las relaciones entre las tres partes, el cliente, el factor y el deudor, están reguladas por un sólo sistema jurídico, en el factoring internacional, la ley de cuando menos dos países puede variar cualquiera de esas relaciones. Incluso, también es factible que la ley de tres países intervenga, en caso que el factor se encuentre ubicado en otro país distinto de los del cliente y deudor.

Otro aspecto que contribuye a la complejidad de este tipo de operaciones, es la existencia de disparidades en el grado de desarrollo, para regular transacciones financieras, que presentan los diferentes sistemas jurídicos nacionales, los cuales oscilan desde los que no tienen reglas comerciales coherentes, a aquellos que han alcanzado un alto nivel de sofisticación, "al grado que pueda uno escuchar a los ángeles bailando sobre la cabeza de un alfiler".⁹⁴

En el caso del factoring los procedimientos relativos al cobro de deudas y cesión de créditos, varían sustancialmente de un país a otro.

También ocurre que en muchos países, el factoring no está regulado por las legislaciones nacionales, por lo que corresponde al factor y a su cliente normar las bases de su relación dentro del marco de las leyes generales, lo cual trae consigo las lógicas distorsiones y complicaciones de

⁹⁴ Ibidem, págs. 4.

aplicar formas y figuras diseñadas para otros fines.⁹⁵

Por otra parte, las necesidades de financiamiento de las empresas cambian atendiendo al tipo de economía y de actividad que desarrollen. Este aspecto repercute en la modalidad de factoring que se desarrolle predominantemente en cada uno de los países en los que existe esta operación.

3.2 Ventajas que presenta el factoring internacional sobre las cartas de crédito

Como hemos visto el factoring tiene una larga historia en los Estados Unidos y el Reino Unido. Sin embargo, es un fenómeno relativamente reciente fuera de Norteamérica y especialmente en aquellos países ajenos a la tradición del common law.

Por esa razón, la mayoría de las compraventas internacionales se financian mediante la utilización de otros mecanismos, tales como las cartas de crédito⁹⁶. Estos instrumentos hacen poco o nada para facilitar o promover la expansión del comercio sobre bases crediticias abiertas⁹⁷.

La carta de crédito es el método mediante el cual la

⁹⁵ László Récssei, "On Factoring Operations", Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 1a. ed., México, 1989, pág. 1185.

⁹⁶ Los otros métodos incluyen: el pago contra documentos, las letras de crédito, pagarés y garantías de cumplimiento.

⁹⁷ "Open credit terms basis", es aquel crédito concedido sin que se deban otorgar garantías.

mayoría de las transacciones comerciales internacionales son financiadas,⁹⁸ por lo que es importante describir el funcionamiento de ésta, a fin de resaltar las ventajas del factoring.

La Cámara Internacional de Comercio de París, define a la carta de crédito, como cualquier acuerdo mediante el cual un banco, actuando a petición y bajo las instrucciones de un cliente ... (i) debe realizar un pago a nombre o a la orden de un tercero (el beneficiario), o debe pagar o aceptar letras de cambio libradas por el beneficiario, o (ii) autoriza a otro banco a efectuar dichos pagos, o a pagar, aceptar o negociar dichas letras de cambio, contra documentos estipulados, siempre que los términos y condiciones de éstos hayan sido cumplidos.

No sólo el manejo de la carta de crédito es complicado, sino que con frecuencia resulta en dificultades financieras para los beneficiarios. Aunque el cliente cubra al banco los riesgos cambiarios durante el tiempo que transcurre entre la apertura de la carta de crédito y la entrega de los documentos estipulados, el capital del beneficiario se encuentra depositado en una cuenta, sin poder ser utilizado ni por el cliente, ni por el beneficiario.

Otra desventaja consiste, en que los compradores que

⁹⁸ No obstante que actualmente está experimentando un declive en algunas regiones como el sureste asiático. Sobre este punto abundará al final del capítulo en el punto relativo a los recientes desarrollos del factoring.

contratan una carta de crédito, deben pagar intereses sobre el préstamo desde antes de recibir los bienes. Asimismo, deberán pagar al banco por sus servicios un cierto porcentaje del valor nominal del documento. Estas cargas financieras, desalientan claramente el comercio internacional.

En contraste, el factoring internacional elimina la carga financiera del comprador, así como el riesgo derivado del no pago a cargo del vendedor, posibilitando con ello el financiamiento abierto de las transacciones internacionales⁹⁹.

Al hacer más atractivos los términos de la compraventa para ambas partes, el factoring, favorece el desarrollo del comercio internacional.

3.3 Modalidades del factoring internacional

A fin de contar con un marco conceptual que nos permita comprender cabalmente la figura del factoring internacional, es necesario el estudio de las características funcionales que presenta esta operación en

⁹⁹ M.R. Alexander, "Towards Unification and Predictability: The International Factoring Convention", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 27, No. 2, Nueva York, 1989, pág. 360 y ss.

sus diversas modalidades. Tal es la razón que justifica las descripciones siguientes.

3.3(1) El sistema más utilizado y en base al cual el factoring ha conocido su desarrollo en el ámbito internacional, es el de dos factores o "two factor system"¹⁰⁰.

Mediante este sistema el cliente acuerda la inclusión de sus ventas de exportación, con un factor de su propio país (factor de exportación), el cual a su vez hace los arreglos necesarios con sus factores corresponsales (factores de importación), cediéndoles los créditos en favor del cliente o proveedor, para que éstos se encarguen de realizar la gestión de cobranza en sus respectivos países y asuman los riesgos que ello implica.

El factor de exportación es el responsable ante el cliente de todos los aspectos del servicio y normalmente proporciona financiamiento al cliente en la forma de anticipos; mientras que el factor de importación, realiza el trato con los deudores en su propio país, siendo el responsable de la garantía de pago de las deudas, responsabilizándose de ello ante el factor de exportación, el cual a su vez es el responsable frente al cliente.

Entre las ventajas que presenta este sistema se cuentan, las de simplificación, ya que el cliente mantiene

¹⁰⁰ F. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 116 y ss.

relaciones únicamente con un factor para todas sus operaciones nacionales e internacionales. El factor de exportación está en posición de ofrecerle servicios en una gran cantidad de países.

Es posible también, cuando los cargos de descuento sean más bajos en el país del factor de importación, que el cliente reciba el beneficio extra de dicha diferencia mediante el otorgamiento de anticipos producto de los créditos cesionados sucesivamente al factor de importación. En este caso el factor de exportación se encarga de transmitir la diferencia a su cliente.

La entrega de anticipos por parte del factor de importación tiene un atractivo adicional, consistente en la eliminación del riesgo cambiario.

Desde el punto de vista del acreedor, presenta la ventaja de poder realizar sus pagos a una persona en su propio país y lenguaje.

Entre las desventajas propias del sistema de dos factores podemos mencionar el alto costo que la participación de dos factores en las operaciones implica, ya que éstos deben compartir el costo del servicio, además de que la transmisión de los fondos por parte del factor de importación puede ser mas lenta que si el deudor pagara directamente al factor de exportación.

Con frecuencia el negocio no resulta tan atractivo para el factor de importación, debido a que el volumen de algunas operaciones es relativamente pequeño en comparación

con los costos de gestión.

3.3(2) Paralelamente al desarrollo de este sistema, se crearon cadenas internacionales de factores corresponsales, con las siguientes finalidades: acrecentar la cooperación internacional en materia de factoring; elaborar técnicas de gestión más modernas; y unificar y resolver los problemas jurídicos y administrativos que se derivan de la práctica de las modalidades internacionales de la operación¹⁰¹.

Las cadenas de factores han realizado esfuerzos vigorosos para expandir su cobertura de exportaciones. Actualmente hay miembros de cadenas en 40 países, incluyendo los de Europa occidental y algunos orientales, los Estados Unidos y Canadá, los del centro y sureste asiático, muchos de la cuenca del pacífico y algunos latinoamericanos, como México.

Las cadenas de factores corresponsales, promulgan reglas aplicables a las relaciones entre factores de importación y exportación. Dichas reglas cubren aspectos tales como:

- a) La aceptación por parte del factor de importación de un nuevo cliente;
- b) La aceptación del riesgo del crédito por el factor de importación y las cancelaciones de aprobaciones por

¹⁰¹ S. Rolin, Op. Cit. 57, págs. 23, 24 y 80 a 88.

envíos de carga futuros;

c) La solución de controversias y recursos;

d) Las garantías por parte del factor de exportación en relación con el valor y la validez de los créditos cesionados, así como la validez de las cesiones; y

e) El tiempo y forma de pago por parte del factor de importación de las deudas cesionadas.

El factor de exportación debe asegurarse que el propio contrato con su cliente sea consistente con estas reglas, de tal manera que no haya responsabilidad que le sea imputable por parte del factor de importación, que no esté en condiciones de exigir al cliente, y de tomar las previsiones necesarias para evitar verse expuesto a riesgos en la cobranza sobre los que no esté en condiciones responsabilizar al factor de importación.

3.3(3) El sistema con un sólo factor o "single factor system"¹⁰², fue diseñado como solución a algunas de las desventajas presentadas por el sistema de dos factores, tales como:

a) El retraso en los pagos, al efectuarse del acreedor al factor de importación y de éste al de exportación para llegar finalmente al cliente; y

b) La costosa duplicación de los aspectos

¹⁰² P. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 121 y ss.

administrativos relativos a la gestión de las deudas.

Mediante este sistema, el deudor realiza los pagos directamente al factor de exportación; y la actuación del factor de importación se limita a asumir el riesgo de la cobranza, a realizar el cobro de las deudas problemáticas que registren mora y a brindar asistencia en la resolución de disputas. Por sus características sus practicantes lo denominan sistema de un factor y medio.

3.3(4) Otra modalidad del factoring internacional, es el **factoring directo de importación**, mediante el cual un cliente con un volumen considerable de exportaciones a un país determinado, contrata un factor ubicado en ese país. La solución que ofrece esta modalidad, no resulta atractiva en el caso de clientes que exporten a varios países.

3.3(5) El **factoring directo de exportación**, es la variante, en la cual el factor de exportación presta a su cliente la totalidad del servicio, encargándose de la cobertura del riesgo de insolvencia y del cobro directo de los créditos que le son cesionados.

Saltan a la vista inmediatamente los enormes riesgos y complejidades que la operación de esta variante presenta. Su práctica era más común antes del establecimiento de las cadenas de factoring, ante las cuales deviene parcialmente obsolecente.

3.3(6) Finalmente me referiré al llamado "Back-to-back factoring"¹⁰³, que no es otra cosa que una extensión del sistema de dos factores, en aquellos casos en los que debido al elevado volumen de transacciones realizadas, por ejemplo en el caso de un exportador con su distribuidor, el monto de la cobertura del riesgo del crédito que implica la operación, requiere el establecimiento de garantías adicionales en favor del factor de importación. En tales casos bastará con que el acreedor contrate a su vez los servicios del factor de importación, regulando la forma en que se garantizará el elevado monto del financiamiento.

3.3(7) En virtud del rápido crecimiento de la demanda del descuento de facturas y otras formas confidenciales del factoring, es decir sin notificación al acreedor, hago mención a esta variante.

Los factores en el Reino Unido han sido los pioneros de esta modalidad, mediante la adopción de ciertas precauciones, tales como limitar el volumen de las misma a un pequeño porcentaje de sus operaciones totales, dado el alto riesgo en la cobranza. En el caso de que la proporción de estos descuentos constituyera la base de las operaciones de un factor valdría repetir las consideraciones hechas en relación con el factoring directo de exportación.

¹⁰³ Ibidem, pág. 129.

3.4 Consideraciones especiales sobre su operación en el plano internacional

No cabe duda que la incidencia de disputas y de problemas relacionados con la cesión y cobranza de créditos, es más alta en las transacciones comerciales internacionales que en las domésticas, en virtud de las interpretaciones erróneas de términos contractuales y costumbres comerciales, de las diferencias de lenguaje, etc. En los subincisos siguientes, me referiré a algunos aspectos que es preciso tener en consideración en las operaciones de factoring internacional.

3.4(1) Riesgos cambiarios

Existen necesariamente algunos efectos cambiarios asociados con la exportación. Los exportadores con frecuencia se ven obligados para poder competir, a bajar sus precios y a facturar en la divisa correspondiente al país de su deudor. Un cliente exportador de un factor puede protegerse contra el riesgo de fluctuaciones en las divisas en las que haya facturado, durante el tiempo que transcurre entre la facturación y el pago de las siguientes maneras:

a) Puede acordar anticipadamente con su banco la venta de divisas al factor, del tipo considerado en la factura, y con su factor la entrega de éstas en pago por parte del deudor.

b) También puede arreglar con el factor la entrega de anticipos al tipo de cambio vigente en la fecha en que notifique o ofrezca la transmisión de la deuda.

c) O bien realizar bajo el sistema de dos factores, las previsiones necesarias para que el corresponsal en el país del deudor, haga el anticipo inmediatamente al recibir las facturas, de tal forma que se le pague al cliente en su propia divisa.

Otro aspecto que resulta importante considerar, es el relativo a los **controles de cambios**, existentes en algunos países, los cuales son utilizados frecuentemente como excusa para el incumplimiento o retraso en el pago.

Las regulaciones de control de cambios, juegan un papel destacado en las políticas financieras y son sobremanera importantes en las transacciones financieras internacionales. El término se refiere ordinariamente a la limitación de los movimientos exteriores de los pagos o las transferencias.¹⁰⁴

De forma general podemos decir que los principales tipos son: (i) aquellos que restringen los préstamos en moneda extranjera por parte de empresas residentes en un país determinado, sin consentimiento previo por parte del banco central respectivo, (ii) disposiciones mediante las cuales un cierto porcentaje de las divisas que componen un

¹⁰⁴ Para una más amplia exposición del tema ver: F. A. Mann, El aspecto legal del dinero, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., México, 1986, pág. 411 y ss.

crédito debe ser depositado por la empresa residente en el banco central correspondiente y (iii) prohibiciones de acceso al mercado local de capitales aplicables a los extranjeros.

El alcance que las diferentes legislaciones nacionales dan al control de cambios varía. Usualmente sancionan los actos realizados en contra de este tipo de provisiones mediante la nulidad del contrato o con multas.

Podemos afirmar en consecuencia, que cuando existan regulaciones de control de cambios en el país del deudor, poca simpatía puede esperarse por parte de sus tribunales, los cuales aplicaran dichas regulaciones, sin tomar en consideración la ley aplicable al contrato.¹⁰⁵

3.4(2) Corresponsales extranjeros de los factores

Para poder operar el factoring directo de exportación exitosamente, se requiere la colaboración de un buen corresponsal en cada país en el que se tenga un acreedor que requiera la cobranza de deudas, el factor de importación deberá estar familiarizado con las dificultades que surgen en las cesiones sucesivas.

Los corresponsales deben conocer a profundidad los conceptos jurídicos relativos a la protección del cesionario contra las reclamaciones de terceras partes,

¹⁰⁵ P. Wood, Op. Cit. 15, pág. 132 y ss.

incluyendo aquellas que surjan por insolvencia del cliente. Sobre este punto, cabe suponer que dichas consideraciones probablemente sean efectuadas de acuerdo a la ley del país del deudor.

El corresponsal debe estar dispuesto a prestar su asistencia en la solución de disputas derivadas de contratos de compraventa.

La única alternativa viable por el momento, es la membresía a una cadena y la utilización de sus corresponsales.

3.4(3) Conflicto de leyes

La conciliación de normas incompatibles es tarea fundamental y aún inconclusa de la técnica del Derecho Internacional Privado, disciplina que se ahoga en apasionantes problemas-laberinto buscando criterios para solucionar" conflictos de leyes" entre ordenamientos de distintos Estados.¹⁰⁶

El conflicto de leyes es un tema evidentemente complicado. Al respecto, resulta interesante mencionar el comentario de uno de los jueces más eminentes de los Estados Unidos¹⁰⁷ Cardozo J., en el sentido de que "...el juez promedio, al verse confrontado con un problema de

¹⁰⁶ Jorge Gaxiola Morala, Ideas sobre el conocimiento y sobre el conocimiento del Derecho. Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1986, pag. 123.

¹⁰⁷ P. Wood, Op. Cit. 15, pág. 1.

conflicto de leyes, se siente casi completamente perdido y al igual que un hombre que se ahoga, buscará con desesperación asirse a lo primero que encuentre a mano."

Desde que el Juez Cardozo expresó su lamentación en 1920, las reglas del Derecho Internacional Privado que afectan las transacciones financieras, han tenido un acelerado desarrollo, lo cual ha generado una gran cantidad de precedentes judiciales, doctrinarios y legislativos. La impresionante acumulación de esas fuentes ha contribuido poco a dar claridad o simplicidad al tema.

Básicamente existen dos etapas en este proceso:

a) La primera es la determinación del sistema jurídico que regula un asunto en particular. Este es el campo del Derecho Internacional Privado.

b) La segunda consiste en interpretar el contenido de la ley determinada. Este es el campo del sistema jurídico nacional involucrado.

En el Derecho Internacional Privado, la ley que rige al contrato, es aquella que las partes expresamente convinieron o a falta de disposición en ese sentido, el sistema legal mas significativamente ligado al mismo.

La posibilidad que tienen las partes para determinar la ley aplicable, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, es relevante pues confiere un alto grado de certeza sobre los términos esenciales del contrato, y evita que las partes estén en suspenso hasta que los tribunales decidan en cual de ellos se resolverán las eventuales

disputas que surgan del cumplimiento o interpretación del contrato.

Prácticamente todos los derechos nacionales desarrollados, reconocen que los contratos deben estar regulados por algún sistema jurídico en particular, esto es la ley de Francia o Nueva York, o inclusive por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. A pesar de ciertas voces en contrario, resulta imposible la existencia de un acuerdo en el vacío legal o de un contrato completamente autoregulatorio y autosuficiente. Unas cuantas páginas mecanografiadas no pueden contener todas las respuestas a la complejidad de las circunstancias jurídicas¹⁰⁸.

En el caso de ausencia de elección expresa de las partes de una ley aplicable, los tribunales generalmente primero intentan determinar si existe alguna elección tácita. En caso contrario, pueden optar por determinar la ley aplicable mediante un método flexible, tal como el centro de gravedad del contrato, o uno rígido, como el lugar de contratación.

De manera enunciativa podemos decir que las principales teorías son las de: (i) elección tácita o implícita, (ii) centro de gravedad, (iii) las diversas llamadas "policy interests theories", las cuales han recibido un gran impulso por parte de los académicos

¹⁰⁸ Ibidem. pág. 1.

norteamericanos y que constituyen aproximaciones de tipo flexible a estos problemas, (iv) presunciones rígidas, tales como el lugar de residencia, o la nacionalidad de la ley del lugar de contratación o ejecución, (v) la regla de la validación y (vi) la *lex fori*.

Por la importancia que puede tener principalmente para los enfoques de tipo rígido, es importante mencionar que los tribunales han desarrollado reglas para determinar la localización de los intangibles, como es el caso de las deudas.

Los derechos ejercitables contra terceros, respecto del cumplimiento de una obligación o en relación con una cosa mueble o bienes inmateriales, llamados en el common law "choses of action"¹⁰⁹, se consideran ubicados en el lugar del país en que son susceptibles de recuperación o en el que pueden ser ejecutados.

Para enunciarlo de forma general, las deudas se sitúan en el lugar de residencia del deudor. Sin embargo, el contrato que regula la deuda puede contener una disposición en contrario, o si el plazo para el pago de la deuda no ha vencido, ésta no puede ser ejecutada.

En virtud de que resultaría imposible que un factor determinara sus probables derechos, en relación con la totalidad de las créditos en masa que adquiere, bastará con que tome las precauciones necesarias para que la

¹⁰⁹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Eleanor C. Hoague, Op. Cit. 28, pág 106.

transmisión y cobro de éstos pueda ser efectuada, a tal efecto los puntos a considerar son los siguientes¹¹⁰:

a) La validez de la cesión entre el factor y su cliente, así como la ley aplicable a la solución de controversias entre el factor y su cliente o entre el factor y su corresponsal ubicado en una jurisdicción diferente (al cual le fueron subsecuentemente cesionadas las deudas);

b) los derechos del factor sobre las deudas cesionadas cuando una persona ha sido designada para administrar la propiedad y negocio del cliente insolvente;

c) la validez de la cesión frente a terceras partes interesadas en ella. En relación con este punto es especialmente relevante el tema del registro o la notificación para el establecimiento de lo relativo a la prelación; y

d) la validez de las cesiones entre el factor y el deudor y los derechos correlativos del deudor.

Ya se trate del factoring confidencial o con notificación a los deudores, las dificultades y riesgos en torno a esos cuatro puntos deben ser tomadas en consideración por el factor. La falta de notificación, en la modalidad de descuento de facturas, agrava la situación sobre todo cuando es el factor quién debe realizar la cobranza.

¹¹⁰ F. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 258 y ss.

Es recomendable, por lo tanto que todas las cesiones hechas por el cliente al factor, reúnan los requisitos de validez requeridos por la ley del país del deudor (en adición a que sean válidas bajo la ley del país del cliente), así como las formalidades correspondientes. También, es importante que todos los contratos de venta que realice el cliente, expresen la ley aplicable a los mismos.

3.5 Desarrollos recientes del factoring¹¹¹

3.5(1) En los últimos años, se ha desarrollado enormemente en los Estados Unidos el financiamiento de deudas comerciales mediante el descuento privado de facturas, sin ningún servicio administrativo, ni seguro contra cuentas incobrables. El auge de esta modalidad llamada "accounts receivable financing", se debe fundamentalmente a la adopción por todos los estados de la unión americana del UCC. Esta tendencia muestra continuidad a futuro.

El factoraje abierto, sin recurso contra el cliente en caso de insolvencia del deudor, continuó su desarrollo en aquellos sectores en los que los agentes mercantiles habían sido tradicionales. Esto es, en los negocios relacionados

¹¹¹ F. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 10 y ss.

con la industria textil, del vestido, del calzado, muebles, juguetes y otros bienes de consumo perecederos.

Sin embargo, al final de los sesentas, la provisión de este servicio en esos sectores, había alcanzado su grado de saturación. Los esfuerzos para expandirlo a otros sectores no tradicionales han sido infructuosos, en parte debido a la falta de información sobre los deudores existentes y potenciales, dado el alto costo y enormes dificultades que el desarrollo de archivos informativos sobre los nuevos sectores presenta.

La dificultad de penetrar en esos otros sectores, se ha visto agravada por la presión que la severa competencia entre los factores, impone sobre los márgenes de ganancia. Por todo ello la figura de los "accounts receivable financing", continúa siendo el principal punto de desarrollo del factoring en su sentido más amplio en los Estados Unidos.

Es posible que las disposiciones para el factoring a través de las fronteras nacionales, traigan consigo un nuevo ímpetu en el desarrollo de este servicio fuera de los sectores tradicionales. En el factoring internacional es usual que el factor de un cliente exportador utilice los servicios de un factor corresponsal en el país de importación para garantizar el cobro de las deudas.

El desarrollo del factoring por los exportadores del Lejano Oriente, puede ser un elemento decisivo para que el factoring se extienda a esos sectores. A fin de poder

proporcionar los servicios esperados por sus corresponsales Asiáticos, los factores estadounidenses deberán ampliar la base de sus operaciones.

3.5(2) Por lo que se refiere a Europa Continental, el factoring se ha desarrollado grandemente en las últimas tres décadas, sobre la base del financiamiento a empresas domésticas, y en materia de comercio exterior como financiamiento y protección contra deudas incobrables.

Con excepción de Alemania, Bélgica y los Países Bajos, el principal desarrollo ha sido el factoring, sin o con notificación y con recurso, por lo que no es usual que proporcionen protección contra cuentas incobrables. Esto se debe a que el uso de los seguros de crédito se encuentra ampliamente difundido.

Podemos afirmar que la asimilación del factoring no ha sido pareja en Europa. A partir de la rápida adopción de la figura por los países escandinavos, especialmente Suecia, en los sesentas y setentas, hemos pasado a una más pronta asimilación en Italia, país responsable de la mitad del volumen de las operaciones de factoring en el continente.¹¹²

Contrariamente a lo que sucede en el resto del continente, en Alemania el factoraje sin recurso es el más

¹¹² Giuseppe Fauceglia, "El contrato de factoring en la práctica italiana", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Núm. 72, Madrid, curso 1986-1987, págs. 199 a 230.

difundido, debido a la decisión jurisprudencial de considerar en esta modalidad un derecho de garantía sobre deudas.

La utilización del factoring por parte de los exportadores, está motivada no sólo por el financiamiento, sino también por la garantía de pago inmediato sin riesgo de incumplimiento.

Aquellos que debido a su escasa extensión cuentan con mercados más pequeños, como es el caso de los Países Bajos y Bélgica, se han caracterizado por un mayor desarrollo de las operaciones de factoring internacional.

3.5(3) Es de todos conocido que los países del sureste y este de Asia, exportan una gran cantidad de bienes de consumo a Europa y Norteamérica. Hasta el principio de la década pasada, el principal instrumento que utilizaban era la carta de crédito, con la finalidad de asegurar el pago de sus mercancías por los importadores.

Sin embargo, la reticencia por parte de los importadores a utilizar dicho documento, basada en su inconformidad de adquirir el compromiso de pago por anticipado de bienes que no han tenido ni siquiera la posibilidad de inspeccionar, ha obligado a los exportadores a voltear los ojos al factoring. Por ello el factoring de exportación es la modalidad de más fuerte aplicación en esa región.

3.5(4) A partir de 1960, el factoring en el Reino Unido se ha venido realizando de manera abierta, notificando a los deudores y realizando el cobro directamente a los clientes.

Actualmente, los cuatro bancos más grandes del Reino Unido, son propietarios de sus propias empresas de factoring. La inclusión del factoring, dentro de los servicios financieros de los bancos, ha sido interpretada como "asset based financing", es decir, como un financiamiento basado en la posesión de activos, y no como un servicio administrativo y de gestión de cobranza.

A diferencia de otros países de Europa y del Lejano Oriente, el factoring internacional en el Reino Unido no ha aumentado su participación en el mercado. Esto se debe a que la mayoría de los bienes que exporta el Reino Unido no son apropiados para el factoring.

CAPITULO CUARTO

LA CONVENCION DE FACTORING INTERNACIONAL

DEL UNIDROIT

4.1 Antecedentes

Aunque pudiera parecer que la expansión del factoring doméstico en los Estados Unidos, el Reino Unido, Europa y Asia a partir de los sesentas, necesariamente traería consigo un desarrollo igualmente notable en el plano internacional, este no ha sido el caso.¹¹³

La razón predominante de su limitado crecimiento internacional radica en que hasta antes de la Convención, con la excepción de los Estados Unidos e Inglaterra, aquellos países en los cuales era practicado no habían

¹¹³ M. R. Alexander, Op. Cit. 99, pág. 363.

El volumen nacional de factoring en los Estados Unidos excedió los 4.4 billones de dólares en 1987, en el Reino Unido se incrementó en un 18% y equivalió a 8.7 billones, asimismo el volumen de factoring fuera de los Estados Unidos se incrementó en un 22%.

De acuerdo a las estadísticas de Factors Chain International, el factoring doméstico en 1986 equivalió a 97.7 billones de dólares, en tanto que el internacional alcanzó únicamente 6 millones.

adoptado reglas especiales para el factoring doméstico.

En esas condiciones, los factores dependían para la realización de sus actividades, principalmente de la aplicación de los diversos códigos civiles y mercantiles nacionales, que difieren enormemente de un país a otro.

Dada la ausencia de reglas uniformes de naturaleza internacional aplicables a la materia, las incertidumbres jurídicas producidas por las leyes nacionales que deberían regular la validez de las cesiones y demás aspectos del factoring, hacían del ámbito internacional un lugar riesgoso para las operaciones de los factores.¹¹⁴

A fin de ilustrar las complejidades de la situación, podemos utilizar el siguiente ejemplo propuesto por M. R. Alexander:

Un proveedor en un país A (el Cliente) tiene un contrato de factoring con un factor en el país A, con base en el cual le da servicio en relación con todas sus exportaciones al país B a través de un factor de importación.

El contrato de factoring contiene una cláusula que señala que las leyes del país A regularán las relaciones entre el factor y su cliente. Sin embargo, no regula las eventualidades jurídicas que pueden sucitarse entre el factor y el deudor.

En el supuesto que el deudor después de ser notificado

¹¹⁴ Ibidem, pág. 363.

sobre la cesión de su crédito al factor, incumpla su obligación de pagar al factor de importación, resulta confusa la determinación relativa a la aplicabilidad de las leyes ya sea del país A ó del B para resolver la disputa.

Adicionalmente, las leyes de ambos países pueden estar abiertas a la interpretación y requerir la determinación de las causas que motivaron el incumplimiento del deudor, que pueden ser la quiebra, negligencia, fraude, incumplimiento del contrato o el pago directo del proveedor al cliente en desacato a la notificación que le fue efectuada.

Los dilemas jurídicos que enfrenta el factoring internacional pueden verse exacerbados por la frecuente incertidumbre de las leyes aplicables. No obstante la designación contractual de una ley aplicable a las disputas entre las partes contratantes (el cliente y el factor), dicha elección no se aplica necesariamente a los derechos y obligaciones del deudor.

La ausencia de una regulación internacional de estas cuestiones, colocaba al factor a merced de los principios del Derecho Internacional y de los tribunales que eventualmente fueran llamados para conocer las controversias.

En el caso de que no fuera posible determinar que leyes son aplicables, el factor debería operar de acuerdo a las leyes de ambos países, lo cual resulta una tarea costosa y prácticamente imposible.

Es factible que surjan complicaciones en la

determinación del derecho aplicable a las cesiones, ya sea del proveedor al factor de exportación o del factor de exportación al de importación. Las preguntas que surgen en ese caso son: a) si la totalidad de la operación está regulada por la misma ley sustantiva de un país, ó b) si la misma ó diferentes leyes sustantivas nacionales, regulan la determinación de que la invalidez de una de las cesiones afecte la validez de la otra.

Esto es, en caso que la cesión efectuada por el proveedor al factor de exportación sea considerada inválida por la ley nacional que los regula, determinar si tiene validez bajo la ley nacional del importador la cesión que realice a su vez el factor de exportación al de importación. Adicionalmente, si la ley sustantiva del país del deudor se aplica a ambas cesiones, el factor de importación podrá solamente beneficiarse de la asignación cuando el proveedor y el factor de exportación cumplan con lo establecido por la legislación nacional sustantiva aplicable al domicilio del deudor.

Por otra parte, la ley nacional del domicilio del deudor puede contener una regla de conflicto de leyes que reconozca la ley del país en el que la primera cesión ocurrió, o la ley designada en el contrato de factoring, pero aplica su propia ley para determinar la validez de la segunda, así como los derechos y medios de defensa del deudor.

4.2 Objetivos y expectativas de la elaboración de una regulación uniforme del factoring internacional

Los problemas y necesidades planteadas, constituyen los antecedentes y motivaciones que subyacen a la elaboración y adopción en 1988 de la Convención de factoring internacional por 59 naciones.

Las divergencias legales y de prácticas comerciales a que he hecho referencia a lo largo del presente trabajo, tienen el efecto de encarecer los costos de operación del servicio de factoring, mismos que los factores repercuten a sus clientes.

Por consiguiente, la elaboración de una regulación uniforme que brinde solución a los problemas e incertidumbres existentes, dada la competencia entre los factores que participan en el mercado internacional, se reflejará necesariamente en una disminución de costos y precio del servicio.

La importancia de estas consecuencias para el comercio internacional y las empresas que actúan en ese mercado, así como finalmente para las economías nacionales, resultan evidentes.

A fin de remediar los problemas comentados y facilitar la expansión del factoring internacional, la comunidad internacional requería proporcionar un marco legal apropiado para este tipo de operaciones.

Las siguientes consideraciones pueden servir de

referencia para evaluar las características deseables de dicho marco legal.

4.2(1) Entre los objetivos de tipo general a ser alcanzados por la regulación uniforme del factoring internacional, podemos mencionar:

a) La eliminación de barreras domésticas que desalentaban el uso del factoring internacional.

b) Quizá uno de los más importantes, es el mencionado en el proemio de la Convención, en el sentido de encontrar un justo equilibrio de intereses entre las partes que intervienen en la relación de factoring.

c) El tercero y último de los objetivos de carácter general a que haré mención, resulta relevante por sus efectos en nuestro derecho, me refiero a la regulación del factoraje financiero en la LGOAAC.

No obstante que la Convención se aplicaría únicamente a las transacciones de tipo internacional por considerar que así sería adoptada por un mayor número de países, una función secundaria es la de servir como ley tipo, para aquellos países que deseaban revisar o desarrollar sus leyes respectivas.

4.2(2) Resulta esencial preservar el carácter uniforme, valga la tautología, de las normas uniformes de Derecho Mercantil Internacional, que con frecuencia es desvirtuado por interpretaciones jurisdiccionales

divergentes. La predecibilidad de estas regulaciones radica precisamente en su interpretación y aplicación uniforme, evitando en lo posible las incertidumbres generadas por los diversos sistemas nacionales.¹¹⁵

Dado que la existencia de interpretaciones y aplicaciones divergentes de los textos de regulación uniforme es una realidad, es importante dedicar un poco de atención a este tema que por su importancia ameritaría un estudio aparte.

En relación con la regulación uniforme resulta ilustrativo el estudio de A. Malintoppi, sobre la interpretación uniforme, no sólo por la precisión de la metodología que propone para inducir ese resultado - medidas preventivas que pueden ser tomadas durante la redacción de los textos, tales como las definiciones, los reportes explicativos, las minutas oficiales, la revisión de traducciones; las medidas preventivas posteriores a la redacción, el intercambio constante de información sobre las divergencias de interpretación, las consultas previas a la ratificación, el seguimiento de las regulaciones nacionales; y las medidas preventivas mediante la revisión de los textos en los que se ha detectado una ambigua o errónea redacción-, sino también por el tratamiento ameno y erudito del mismo.

¹¹⁵ Antonio Malintoppi, "The Uniformity of Interpretation of International Conventions on Uniform Laws and of Standard Contracts", en The Sources of the Law in International Trade, International Association of Legal Sciences, Stevens and Sons, Londres, 1964, pág. 127 y ss.

El estudio de Malintoppi, se refiere principalmente a los textos de convenciones internacionales o leyes modelo en el sentido estricto de estos términos, sin embargo también resulta aplicable a los contratos tipo, ya que su utilización inevitablemente conlleva su interpretación.

Al menos desde un punto de vista puramente teórico, es justificable el uso de las técnicas y principios propios de un determinado sistema jurídico a fin de orientar la interpretación de un texto en particular. En dicha tarea resulta difícil, si no imposible al intérprete, disociarse de la dogmática jurídica que le es propia.

4.2(3) En virtud de que todo régimen jurídico uniforme, deberá estar diseñado para dar respuesta a los problemas que previsiblemente se presentarán, es importante determinar la naturaleza de las relaciones entre las partes¹¹⁶ y los riesgos que asumirán:

- i) las partes del contrato de compraventa, comprador y vendedor;
- ii) las partes del contrato de factoring, el cliente y los factores de exportación e importación;
- iii) las partes resultantes de la venta o cesión de deudas por el vendedor/cliente del factor, es decir el factor y el comprador/deudor; y
- iv) el factor y acreedores potenciales.

¹¹⁶ M. R. Alexander, Op. Cit.99, pág. 365 y 366.

Fundamentalmente, dicho régimen debe determinar de antemano y con toda claridad los riesgos que las partes asumirán. La asignación cuidadosa de los riesgos del factoring, contribuirá decisivamente a convertir a esta operación en un atractivo y redituable mecanismo de financiamiento de las transacciones comerciales internacionales.

4.3 La elaboración de la Convención

4.3(1) El punto de partida para la regulación uniforme del factoring, lo constituyó la decisión del Consejo de Gobierno del UNIDROIT, de incluir en el programa de trabajo del período 1975-1976¹¹⁷, el estudio de las cesiones de créditos en general y del factoring en particular. A tal efecto se ordenó la realización de un análisis de dichos contratos, que estableciese las posibilidades de unificación.

El estudio preliminar fue presentado en 1976. Se acordó su difusión y se acompañó de un cuestionario dirigido a operarios de factoring. Asimismo se estableció un reducido grupo de estudio, integrado por académicos y practicantes del factoring, que se encargaría de analizar los resultados del cuestionario y de elaborar un proyecto de regulación uniforme. Las conclusiones de este grupo

¹¹⁷ Febrero de 1974, Sesión quincuagésima tercera del Consejo.

fuéron presentadas en 1983¹¹⁸, junto con un borrador preliminar de reglas uniformes y un estudio preliminar sobre las mismas.

El grupo de estudio determinó que debido a las grandes diferencias de los sistemas jurídicos, la labor de unificación debería limitarse, a buscar la deseable uniformidad del factoring internacional. Intentar la regulación de las operaciones domésticas de factoring, podría suscitar el rechazo de diversos países, ya que implicaría modificar principios jurídicos arraigados en ellos y de aplicación más general que las meras operaciones de factoring¹¹⁹.

Asimismo, se acordó que la forma del futuro instrumento fuera la de una convención internacional.

A lo largo de las sesiones de trabajo se consideró en repetidas ocasiones la potencial influencia que la futura Convención tendría sobre las distintas legislaciones nacionales.

Por lo que toca a la metodología de trabajo, se precisó que el borrador de la Convención se limitaría a los aspectos centrales de las operaciones de factoring; básicamente, a la cuestión de las cesiones, así como a sentar los principios mínimos que regularían los principales problemas detectados.

¹¹⁸ Mayo de 1983, Sesión sexagésima segunda del Consejo.

¹¹⁹ UNIDROIT Explanatory Report, Study LVIII-Doc. 33, Roma, 1987.

La mecánica de las cesiones se limitó a las relaciones entre las tres partes directamente interesadas - cedente, cesionario y deudor -, omitiendo lo relacionado con terceros.

Por ello se excluyó una disposición, que había sido incluida al inicio de los trabajos, referente a la responsabilidad del factor hacia terceros por daños causados por bienes que hubiesen pasado a su propiedad.

En virtud de la extrema complejidad que la cuestión de la prelación de derechos entre el factor y terceras partes, se acordó no incluir reglas sustantivas o de conflicto de leyes. Se previó que esta omisión provocaría críticas en el sentido de que la Convención había fallado en dar una respuesta al problema.

También se consideró innecesaria la formulación de un contrato modelo de factoring, para uso del factor y su cliente, porque dicha relación debería ser regulada en función de la libertad de las partes para contratar.¹²⁰

Dado el grado de avance de los trabajos del grupo, los documentos elaborados fueron presentados a la consideración de los Estados miembros del UNIDROIT, solicitándoles sus observaciones.

4.3(2) Como consecuencia, en 1984 se formó un comité de "expertos gubernamentales", integrado básicamente

¹²⁰ Aldo Frignani, "L'avan-progetto di legge uniforme sul factoring internazionale", Rivista di diritto civile, Padúa, Año XXIX, 1983, pág. 104.

por representantes diplomáticos, así como por funcionarios de los ministerios de justicia y comercio de los países miembros, representantes de organizaciones internacionales y agrupaciones profesionales dedicadas al factoring internacional.

Royston M. Goode, fue elegido para encabezar el comité, que en tres sesiones sostenidas en la ciudad de Roma¹²¹, elaboró el borrador final de la Convención.

Durante la elaboración de la Convención, se tuvo en consideración guardar la mayor armonía y consistencia posibles con la Convención de Viena en materia de compraventa internacional. Toda vez que las operaciones reguladas por la Convención de factoring internacional, serían el resultado de transacciones sujetas a la Convención de Viena.

La preocupación señalada, se evidenció de diversas maneras: primeramente, en la estructura del borrador, como puede apreciarse en el orden de los artículos; algunas veces en las reglas contenidas en determinados artículos; y finalmente, cuando fue posible, en la terminología utilizada con miras a lograr la armonización de conceptos regulados por otros instrumentos jurídicos internacionales que se ocupan de cuestiones relacionadas¹²².

¹²¹ Las fechas de las sesiones fueron, 22 al 25 de abril de 1985, 21 al 23 de abril de 1986 y 22 al 24 de abril de 1987 respectivamente.

¹²² UNIDROIT Explanatory report, Op. Cit. 119. pág. 7.

4.4 La Convención de factoring internacional

La Conferencia Diplomática para la adopción de las Convenciones de factoring y leasing internacionales, fué celebrada en Ottawa, Canadá, del 9 al 28 de mayo de 1988.¹²³

La participación de la representación mexicana fue activa, como podrá verse cuando me ocupe de lo relativo a la cláusula de no-cesión pactada en contratos de compraventa.

De acuerdo al mecanismo contenido en el artículo 14, la entrada en vigor de la Convención sería el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Asimismo, establece un plazo de seis meses para que entre en vigor en los Estados que realicen alguno de dichos actos.

La Convención fue finalmente adoptada el 28 de mayo de 1988, quedó depositada con el gobierno de Canadá, anfitrión del evento, y su protocolo permaneció abierto para firma desde esa fecha hasta el 31 de diciembre de 1990.

¹²³ El anexo I del presente trabajo contiene tanto el Acta Final de dicha Conferencia Diplomática, como el texto oficial de la Convención respectiva.

4.5 Análisis de la Convención

A pesar de que el Comité no consideró la posibilidad de agrupar los artículos bajo encabezados generales, como lo habían venido haciendo otras convenciones de comercio internacional¹²⁴, el texto definitivo de la Convención sí lo hace de la siguiente manera:

I. Ambito de aplicación y disposiciones generales, II. Derechos y obligaciones de las partes, III. Cesiones sucesivas y IV. Disposiciones finales.

Para los efectos del presente trabajo, no seguiré el orden de los Capítulos utilizados en la Convención, ya que me expondría a reproducirla textualmente, preferí incluir su texto en español como Anexo II.

Considero que la estructura funcional propuesta por M. R. Alexander, en su espléndido estudio sobre la Convención,¹²⁵ es la más adecuada para realizar el análisis de la misma.

4.5(1) Iniciaré, comentando los efectos de la cláusula de no-cesión pactada en los contratos de compraventa, sin duda alguna, el punto más controvertido en la elaboración de la Convención.

Durante una de las primeras reuniones en Roma, se

¹²⁴ UNIDROIT Explanatory Report, Op. Cit. 119, pág. 7.

¹²⁵ M. R. Alexander, Op. Cit. 99, pág. 358 y ss.

incluyó una disposición contenida en el UCC, por virtud de la cual la prohibición para cesionar una deuda pactada en un contrato de compraventa, no es aplicable a los derechos del cesionario.¹²⁶

Tal disposición, fue favorablemente acogida por varios países en las reuniones de expertos gubernamentales, por considerar que auxiliaría a pequeños negocios exportadores a contrarrestar el enorme poder de negociación e influencia de los grandes compradores, además de permitirles a los exportadores financiar sus exportaciones sobre bases crediticias saludables.¹²⁷

Sin embargo, las representaciones de Francia, Hungría, los Países Bajos, Filipinas y México, se opusieron a tal disposición, argumentando que limitaba la libertad para contratar de las partes, y que inclinaba la balanza en favor del factor, en aquellos casos en los que existiera una razón justificable para prohibir las cesiones de los créditos.

En favor de la disposición original, se argumentó que el reconocimiento de efectos a las cláusulas de no-cesión afectaba los fundamentos del concepto mismo del factoring internacional y ponía en peligro el éxito de la Convención. Las reglas adoptadas en los artículos 6 y 18 son producto del compromiso entre esas dos posiciones

¹²⁶ F. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 269 y 270.

¹²⁷ Ibidem, pág. 270.

irreductibles, por lo que el resultado final es insatisfactorio y constituye la más seria limitación de la Convención para facilitar el factoring internacional.

Para entender la importancia del problema planteado, supongamos que un contrato de compraventa contiene una cláusula de no-cesión (prohibiendo al vendedor cesionar los créditos resultantes de la operación), y el vendedor en desacato de lo estipulado cesiona la deuda a un factor. El factor, como parte normal de su operación es cesionario de créditos en masa, por lo que no está en condiciones de examinar cada contrato de compraventa para determinar la validez de las cesiones.

En el momento en que el factor notifica al deudor la cesión y le requiere el pago, éste se niega a reconocer la validez de la cesión y en consecuencia a efectuar el pago, argumentando incumplimiento a la cláusula de no-cesión.

Sin embargo resulta importante aclarar, que el efecto combinado de las reglas contenidas en los artículos 6 y 18 otorga validez a la cesión efectuada por el proveedor al factor, a pesar de la existencia de una cláusula de no-cesión en el contrato de compraventa, salvo que el domicilio del deudor se encuentre ubicado en un país que hubiese expresado reserva en los términos del artículo 18, en cuyo caso se invalidaría la efectividad legal de la cesión¹²⁸.

¹²⁸ M. R. Alexander, *Op. Cit.* 99, pág. 367 y ss.

Como puede apreciarse, la aplicabilidad al cesionario de la cláusula de no-cesión, afecta en última instancia al factor.

Por ello, resulta previsible que los factores se nieguen a prestar sus servicios a clientes que exporten bienes o servicios a Estados que hagan la reserva prevista en los términos del artículo 18 de la Convención. Esta es, sin duda una infortunada consecuencia.¹²⁹

Asimismo, podemos señalar con base en el texto de los artículos de la Convención, la validez de las cesiones en aquellos casos que el contrato de compraventa no contenga una cláusula que expresamente las prohíba, a pesar de que el deudor se encuentre en un país que hubiese realizado la reserva.¹³⁰

No obstante que el factor, en caso de conocer la existencia de una cláusula de no-cesión, podría tomar medidas para minimizar su efecto, la reserva contenida en el artículo 18, contribuye poco a la unificación del derecho en esta materia. La uniformidad dependerá en gran medida de que ningún país efectúe la reserva.¹³¹

A pesar de la inhabilidad de la Convención para unificar las reglas relativas a las cláusulas de no-cesión, el resto de sus contribuciones trasciende esta deficiencia.

¹²⁹ Ibidem, pág. 369.

¹³⁰ Ibidem, pág. 370.

¹³¹ Lo cual parece poco probable, vistas las posiciones de Austria, Finlandia, los Países Bajos y Suecia, en el sentido de reconocer la validez de las cláusulas de no-cesión.

Si bien es cierto, que las disposiciones antes comentadas no aportan predecibilidad al factoring internacional, tampoco modifican adversamente la situación de incertidumbre legal existente antes de la Convención.¹³²

4.5(2) Por lo que toca a las **disposiciones relacionadas con el contrato de factoring**, encontramos en ellas importantes avances hacia la unificación del Derecho Internacional Privado.

I. En relación con la regulación de las relaciones contractuales entre el cliente y los factores de importación y exportación, podemos decir en mérito de los redactores de la Convención, que interfieren lo menos posible en las mismas.

La regulación de estos aspectos hubiera resultado un trabajo estéril, pues las partes están en condiciones de variar o excluir la aplicación de la Convención en sus relaciones contractuales.

Sin embargo aquellas áreas que decidieron regular son esenciales para el factoring internacional.

II. Por ejemplo, la Convención ofrece una clara definición de factoring que evita su confusión con otras operaciones.

Uno de los aciertos de la Convención radica en la amplitud de esta definición, que incluye al factoring sin

¹³² M. R. Alexander, Op. Cit. 99, pág. 373.

recurso en sus diversas modalidades, brindando con ello un marco jurídico predecible para numerosas transacciones.¹³³

La Convención establece tres requisitos para considerar un contrato de factoring:

a) Primero, debe contener reglas para la cesión de créditos surgidos de contratos de compraventa o de servicios, exceptuando aquellas operaciones realizadas principalmente para uso personal, familiar o doméstico.

Esta restricción tienen la intención de excluir diversas deudas que normalmente son incluidas en contratos de factoring, a pesar de que el factoring se ocupa principalmente de deudas comerciales, como es el caso de deudas de profesionistas, universidades y dependencias gubernamentales.¹³⁴

b) El factor o cesionario deberá realizar cuando menos dos de las funciones siguientes:

- i) la financiación del proveedor, en particular los préstamos y pagos anticipados;
- ii) llevar las cuentas relativas a los créditos;
- iii) el cobro de los créditos; y
- iv) la protección contra la falta de pago por parte de los deudores.

c) El tercer requisito, consiste en la notificación de

¹³³ En los Estados Unidos llamado "accounts receivable financing".

¹³⁴ F. Salinger, Op. Cit. 61, pág. 267.

las cesiones a los deudores.

III. Por lo que toca a la aplicación de la Convención, su artículo 2 establece que será aplicable a aquellos créditos cedidos en virtud de un contrato de factoring que surjan de un contrato de compraventa de mercancías entre un proveedor y un deudor que tengan sus establecimientos en Estados diferentes y: esos sean Estados contratantes; o el contrato de compraventa y el de factoring estén regidos por la ley de un Estado contratante.

IV. Otro de los avances más significativos de la Convención, lo constituye la disposición consistente en que el contrato de factoring no requiere la designación individual de los créditos existentes o futuros cesionados al factor, siempre que en el momento de la celebración del contrato o del nacimiento de los créditos éstos sean susceptibles de identificación. Asimismo, establece que el momento de la transferencia de los créditos futuros será el de su nacimiento.¹³⁵

El efecto armonizador de esta norma es significativo, pues en diversos Estados, incluyendo a los Estados Unidos, se requiere de actos específicos de asignación de cada crédito futuro cesionado.

V. La Convención también tiene el mérito de determinar con toda precisión la posibilidad de que

¹³⁵ Artículo 5 .

mediante el contrato de factoring, se efectúe la transmisión de todos o parte de los derechos del proveedor derivados de la operación de compraventa, tales como la reserva de la propiedad de las mercancías por parte del proveedor o cualquier otra garantía establecida en su favor.

VI. No obstante, que la Convención guarda silencio respecto de las relaciones entre los factores de exportación e importación, sus disposiciones son aplicables a las cesiones sucesivas efectuadas entre ellos, siempre que se realice la notificación y que el contrato de factoring no contenga su prohibición expresa.¹³⁶

4.5(3) Las relaciones del factor con el deudor, se encuentran reguladas por los artículos 8 al 10 de la Convención.

Al igual que las disposiciones relacionadas con el contrato de factoring, estas reglas contribuyen significativamente a la unificación del Derecho Internacional Privado.¹³⁷ El efecto combinado que tienen estos artículos brinda certidumbre y predecibilidad a las relaciones jurídicas entre el factor y el deudor, que son las únicas dos partes no vinculadas de manera contractual en una transacción de factoring.

¹³⁶ Artículo 12

¹³⁷ M. R. Alexander, Op. Cit. 99, pág. 377 y ss.

Esta falta de una vinculación contractual entre los factores (de importación y exportación) y el deudor, requería de reglas explícitas que permitieran el desarrollo del factoring internacional. Al regular eficazmente las relaciones entre los factores y el deudor la Convención proporciona el marco legal necesario para la utilización del factoring internacional.

4.5(4) Resulta interesante comentar las relaciones del factor con terceros, especialmente la posibilidad de que se presenten disputas sobre la titularidad de los créditos que le fueron cedidos al factor.

En opinión de las representaciones de los Estados Unidos, era necesario que la Convención dispusiera de normas sustantivas o de conflicto de leyes, para regular las situaciones que se pueden generar cuando existen derechos preferentes sobre dichos créditos.

Los casos más frecuentes que se presentan en relación con el cliente/proveedor son: los terceros en el caso de su quiebra, el gobierno cuando interviene para confiscar sus bienes, sus acreedores, la asignación múltiple de sus créditos.

Sin embargo, la decisión de los redactores, fue la de no incluir una disposición sobre este problema, para facilitar así la adopción más amplia posible de la Convención.

4.6 Valoración crítica de la Convención

4.6(1) La evaluación de la Convención a través de los comentarios que hasta aquí se han hecho, atendiendo a sus aspectos funcionales y jurídicos, revela mucho sobre sus alcances y limitaciones.

En mérito de la Convención, podemos decir que constituye un marco jurídico viable y bien articulado para normar los aspectos contractuales de factoring internacional, así como las relaciones del factor con el deudor.

En opinión de M. R. Alexander, las principales limitaciones de la Convención, se centran en lo comentado al referirnos a las cláusulas de no-cesión pactadas en las compraventas, y a la falta de una disposición sobre la solución de problemas relacionados con derechos preferentes.¹³⁸

El hecho de que después de quince años de trabajo en la elaboración de la Convención, no haya podido formularse una regla de conflicto de leyes, resulta indicativo de que las incertidumbres existentes no fueron exageradas, ya que son producto de obstáculos formidables que solamente será posible remover mediante el compromiso de los países para continuar la labor de unificación.

Sin embargo, las contribuciones positivas de la

¹³⁸ Ibidem, pág. 385.

Convención a la unificación del Derecho Internacional Privado no deben ser subestimadas. A pesar de sus alcances limitados e imperfectos, es seguro que la Convención repercutirá positivamente en numerosas transacciones internacionales. Constituye en razón de sus aportaciones, tales como la protección adecuada de los deudores, un primer paso decisivo hacia el desarrollo de un marco jurídico uniforme que permita el funcionamiento del factoring internacional¹³⁹.

Por ello la comunidad internacional haría bien en acoger a la Convención como una contribución significativa para el Derecho Internacional Privado, y en ratificar sus disposiciones sin efectuar reserva alguna.

Para decirlo en pocas palabras, la Convención ha abierto la puerta a un nuevo desarrollo de las operaciones de factoring internacionales.

4.6(2) La Convención y el derecho positivo mexicano

Al referir los objetivos secundarios de la Convención, comenté el propósito de servir de modelo a aquellos países que no contaban con una legislación específica del factoring, para que estuvieran en condiciones de desarrollarla.

¹³⁹ Eberhard Rebsmann, "Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring, Ottawa 1988, (English Summary)", Rabels Zeitschrift, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 53, Cuaderno 4, Tübingen, 1989, pág. 621.

La influencia de la Convención en nuestro derecho positivo es clara, como puede verse al compararla con el Capítulo III bis de la LGOAAC. Podemos afirmar que no existen contradicciones, ni diferencias notables entre los dos textos.

El cuidado con el que la Convención fue elaborada, a efecto de ser susceptible su adopción por el mayor número de países posible, seguramente facilitó la labor del legislador mexicano para elaborar las normas de derecho interno respectivas.

El carácter concreto y específico de la Convención, se refleja en una detallada reglamentación, que a pesar de sus deficiencias, brinda un marco predecible y seguro, imprescindible para el desarrollo internacional del factoring.

En mi opinión, no existen obstáculos de tipo jurídico para que nuestro país ratifique la Convención, y resultan evidentes las ventajas que traería para el desenvolvimiento de las actividades de factoring internacional.

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES

1. La principal tendencia del Derecho Mercantil Internacional, apunta hacia la consolidación de un derecho uniforme a nivel de Derecho sustancial, por medio de convenciones internacionales, de leyes-modelo, de la jurisprudencia, de los usos, prácticas y hábitos establecidos entre las partes contratantes, así como de reglas y modelos de contratos internacionales.

Este derecho uniforme tiene como finalidad estimular y proteger el comercio internacional, sometiendo su reglamentación y la solución de los conflictos que surjan en su ámbito, a criterios y a disposiciones legales unitarias.

2. Podemos afirmar, que la perspectiva general de la tendencia hacia la uniformidad del Derecho Mercantil Internacional es favorable, esto se debe fundamentalmente al trabajo de las organizaciones internacionales abocadas

a tan necesaria tarea.

La labor legislativa de estas organizaciones, resulta cada vez más importante. Actualmente, materias enteras están regidas por instrumentos internacionales, tales como: el transporte marítimo, el arbitraje comercial, los instrumentos internacionales de créditos y pagos, la compraventa internacional de mercaderías, entre otras.

3. Dentro de este contexto, se han comentado a lo largo del presente trabajo, los aspectos más significativos del factoring y de la Convención respectiva. Su meticulosa elaboración resulta instructiva para los interesados en la materia, por ser un producto representativo del "know-how" unificador del UNIDROIT.

La necesidad de contar con una regulación uniforme, que ofreciera soluciones a los problemas e incertidumbres existentes, motivó la redacción y adopción de la Convención. Corresponde al UNIDROIT, el mérito de haber decidido emprender la regulación uniforme de este servicio fundamental para alentar el comercio internacional.

4. Antes de la Convención, los países en los que el factoring era practicado, con excepción de los Estados Unidos Y Canadá, no habían adoptado reglas especiales para el factoring doméstico. Por ello, los factores dependían de la aplicación de los diversos códigos civiles y mercantiles, para la realización de sus actividades.

El hecho de que la Convención influyera en la regulación del factoraje financiero en nuestra legislación,

ejemplifica el alcance de sus aportaciones.

5. En mi opinión, no existen obstáculos de tipo jurídico para que la Convención sea ratificada por nuestro país. Por su potencial para convertirse en un catalizador del comercio internacional, es deseable que la Convención sea incorporada a nuestro derecho interno, ya que constituye sin duda alguna, un marco jurídico viable y bien articulado, para normar los aspectos contractuales del factoring internacional, así como las relaciones del factor con el deudor.

6. A pesar de las limitaciones de la Convención, tales como su inhabilidad para unificar las reglas relativas a las cláusulas de no-cesión y la ausencia de disposiciones sobre acreedores preferentes de los créditos cedidos, constituye un afortunado primer paso hacia la regulación uniforme del factoring internacional.

REFERENCIAS

B I B L I O G R A F I A

Acosta Romero, Miguel

Derecho Bancario, Editorial Porrúa, 4a. ed., Mexico, 1991.

Adame Goddard, Jorge

Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 1a. ed., México, 1991.

Bagge, Algot

"International Unification of Commercial Law", Unification of Commercial Law, Unidroit Editions, Roma, 1948.

Barrera Graf, Jorge

Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, 1a. ed., México, 1989.

Borja Martínez, Francisco

El Nuevo Sistema Financiero Mexicano, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., México, 1991.

Borja Soriano, Manuel

Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 10a. ed., México, 1985.

Cecchini, Paolo

Europa 1992: Una apuesta de futuro, Alianza Editorial, 1a. ed., Madrid, 1988.

Días Bravo, Arturo

Contratos Mercantiles, Editorial Harla, 3a. ed., México, 1989.

Fossati, Giorgio y Porro, Alberto

Il Factoring: Aspetti economici, finanziari e giuridici, Giuffrè Editore, 2a. ed., Milán, 1980.

Galgano, Francesco

Historia del Derecho Mercantil, Editorial Laia, 1a. ed., Barcelona, 1981.

García Máynex, Eduardo
Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, 10a.ed., México, 1961.

Gertz Manero, Federico
Derecho Contable Mexicano, Editorial Porrúa, 1a.ed., México, 1987.

Gómez Gordoa, José
Títulos de Crédito, Editorial Porrúa, 1a. ed., México, 1988.

Kapteyn, P.J.G. y Verloren Van Theemat, P.
Introduction to The Law of The European Communities, Graham and Trotman (Kluwer), Deventer, 1990

Mann, F.A.
El aspecto legal del dinero, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., 1986.

Ráczai, László
"On Factoring Operations", Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.. 1989.

Rolin, Serge
El Factoring, Ediciones Pirámide, 1a. ed., Madrid, 1975.

Salinger, Freddy
Factoring Law and Practice, Sweet and Maxwell Limited, 1a. ed., Londres, 1991.

Sánchez Medel, Ramón
De los contratos civiles, Editorial Porrúa, 8a. ed., México, 1988.

Schmitthoff, Clive M. (Editor)
The Sources of the Law in International Trade, International Association of Legal Sciences, Stevens and Sons, Londres, 1964.

Strickland, Barbara K.
Esbozo del sistema jurídico norteamericano, Archivo Histórico Diplomático Mexicano de la S.R.E., cuarta época, serie divulgación, México, 1985.

United Nations Commission for the Unification of International Trade Law, United Nations Publications, Nueva York, 1997.

Wood, Philip
Law and Practice of International Finance, Sweet and Maxwell Limited, 9a. ed., Londres, 1990.

H E M E R O G R A F I A

Abascal Zamora, José María

"Nota introductoria a la Convencion de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales", Revista de Derecho Privado, Organó del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Año I, Núm. 1, Enero-Abril, México, 1990.

Alexander, Mary Rose

"Towards Unification and Predictability: The International Factoring Convention", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 27, Núm. 2, Nueva York, 1989.

Bighetti, Monica

"Factoring", Rivista di Diritto Civile, Núm. 2, Año XXXIII, Padua, Marzo-Abril 1987.

Castillo Peña, Ernestina

"El Factoring", Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XXXIX, NÚms.50-51, Xalapa, 1989.

de Eizaguirre, José María

"Factoring", Revista de Derecho Mercantil, NÚms. 187-188, Madrid, Enero-Junio 1988.

Fauceglia, Giuseppe

"El contrato de factoring en la práctica italiana", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Núm. 72, Madrid, curso 1986-1987.

Frignani, Aldo

"Factoring: L'avan-progetto di legge uniforme sul factoring internazionale", Rivista di Diritto Civile, Año XXIX, Núm. 1, Enero-Febrero, Padua, 1983.

García González, José Antonio

"Notas sobre el contrato de factoring en Italia", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Núm.25, Año VII, Madrid, Enero-Marzo 1987.

Goode, Royston.M.

"The Harmonisation of Commercial Law: Policies and Problems", Revista de la Facultad de Derecho de México, U.N.A.M., Tomo XXXV, México, Enero-Junio 1985.

Griffith, Kathleen Ann

"An interview with Dr. Jaime Serra Puche", The Columbia Journal of World Business, Nueva York, primavera 1992.

Kahn, Philips

"El derecho uniforme y su impacto en el mundo de los negocios. El Derecho de la Compraventa", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Núm. 73, Madrid, curso 1987-1988.

Monaco, Riccardo

"L'unification du droit dans le cadre d'UNIDROIT (1926-1986)", Revue du Droit Uniforme, Núm. 1, Roma, 1986.

Popescu, Tutor

"Nuevas tendencias en el Derecho Mercantil Internacional", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Núm. 73, Madrid, curso 1987-1988.

Rebmann, Von Eberhard

"Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring, Ottawa 1988, (English Summary)", Rebels Zeitschrift, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 53, Cuaderno 4 Tübingen, 1989.

Trigueros, Laura

"Las convenciones internacionales y sus problemas de aplicación interna", Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 39, U.N.A.M., 1987.

Vásquez Pando, Fernando

"Comentarios sobre el Nuevo Derecho Internacional de México", Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 39, U.N.A.M., 1989.

D I C C I O N A R I O S

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C.
Diccionario Jurídico Inglés-Español, Editorial Heliasta, 1a.
ed., Buenos Aires, 1990.

Campbell Black, Henry
Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 5a.ed., Minnesota,
1979.

Cortina Ortega, Gonzalo
Prontuario Bursátil y Financiero, Editorial Trillas, 2a. ed.,
1988.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la U.N.A.M. y Editorial Porrúa, 2a. ed., 1987.

L E G I S L A C I O N N A C I O N A L

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras

Reglas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley de Navegación y Comercio Marítimos

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Comercio

L E G I S L A C I O N E X T R A N J E R A

Artículo 9 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de América

DOCUMENTOS UNIDROIT

"Draft Convention on International Factoring, as adopted by a UNIDROIT comitee of governmental experts on 24 April 1987."

"Explanatory Report, prepared by the UNIDROIT Secretariat, study LVIII-Doc. 33, Rome, September 1987."

INSTRUMENTOS JURIDICOS
INTERNACIONALES

"Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft UNIDROIT Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, International Factoring Convention (Appendix II)", Ottawa, 28 May 1988." (Anexo I)

Convenio del UNIDROIT sobre Factoring Internacional, traducción no oficial del Inglés y Francés certificada por la Sección de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España. (Anexo II)

Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, abierta para firma el 30 de junio de 1990.

O T R A S

Barrera Graf, Jorge

"Visión del Derecho Mercantil Mexicano", Memoria del Seminario: Las Tendencias Actuales del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 4 al 6 de septiembre de 1991.

Broseta Pont, Manuel

"Tendencias del Derecho Mercantil a finales del Siglo XX", Memoria del Seminario: Las Tendencias Actuales del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 4 al 6 de septiembre de 1991.

Celaya Bolaños, Martín

"Operaciones de Factoraje", Entrevista publicada por Información Dinámica de Consulta, Año V, Núm.93, México, 31 de enero de 1990.

Gaxiola Moraila, Jorge F.

Ideas sobre el conocimiento y sobre el conocimiento del derecho, Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1986.

Olivo Villa, Octavio

Análisis jurídico de la Comunidad Económica Europea, Tesis Profesional, U.N.A.M. Facultad de Derecho, México, 1991.

ANEXO I

In addition the Secretary-General of the Conference participated in the work of the Steering Committee, at the invitation of the Chairman

Committee of the Whole

Chairman: Mr L. Sevón (Finland)
First Vice-Chairman: Mr J.-P. Beraudo (France)
Second Vice-Chairman: Mr M.A. Thiam (Guinea)

Final Clauses Committee

Chairman: Mr G. Brennan (Australia)
Vice-Chairman: Mr A. Amamchian (U.S.S.R.)

Drafting Committee

Chairman: Mr R.M. Goode (United Kingdom)
Members : Belgium; Brazil; China; Egypt; France; Japan;
U.S.S.R.; United Kingdom; U.S.A.

Credentials Committee

Chairman: Mr W. Rolland (Federal Republic of Germany)
Members : Federal Republic of Germany; Japan; Nigeria;
Switzerland; U.S.S.R.

10.- The Secretary-General of the Conference was Mr M. Evans, Secretary-General of Unidroit.

11.- The basic working materials used by the Conference and its organs were the draft Convention on international financial leasing as adopted by a Unidroit committee of governmental experts on 30 April 1987 with explanatory report prepared by the Unidroit Secretariat (Study LIX - Doc. 48), the draft Convention on international factoring as adopted by a Unidroit committee of governmental experts on 24 April 1987 with explanatory report prepared by the Unidroit Secretariat (Study LVIII-Doc. 33), the draft final provisions capable of embodiment in the draft

Convention on international financial leasing drawn up by a Unidroit committee of governmental experts with explanatory notes drawn up by the Unidroit Secretariat (Study LIX - Doc. 49), the draft final provisions capable of embodiment in the draft Convention on international factoring drawn up by a Unidroit committee of governmental experts with explanatory notes drawn up by the Unidroit Secretariat (Study LVIII - Doc. 34), together with the report of the working group of technical experts on international financial leasing (Rome, 29 February 1988) prepared by the Unidroit Secretariat (CONF.7/5). The Conference and its organs also considered proposals and comments by Governments and international Organisations on the draft Convention on international financial leasing (CCNF.7/3 and Addenda, CONF.7/4 and Addenda, CONF.7/W.P. 1-3 and CONF.7/C.1/W.P.1-34), on the draft final provisions capable of embodiment in the draft Convention on international financial leasing (CONF.7/C.2/W.P. 1, 2, 4 and 5) and on the draft Convention on international factoring (CONF.7/6 and Addenda, CONF.7/7 and CONF.7/C.1/W.P.35-48).

12.- The Conference assigned to the Committee of the Whole the first and second readings of the draft Convention on international financial leasing, including the draft Preamble thereto, Article F of the draft final provisions capable of embodiment in the draft Convention on international financial leasing, the draft Convention on international factoring, including the draft Preamble thereto and an Article X, and Article F of the draft final provisions capable of embodiment in the draft Convention on international factoring. The Conference assigned to the Final Clauses Committee the first and second readings of all but Article F of the draft final provisions capable of embodiment in the draft Convention on international financial leasing, all but Article F of the draft final provisions capable of embodiment in the draft Convention on international factoring and the titles of the draft Convention on international financial leasing and the draft Convention on international factoring.

13.- On the basis of the deliberations recorded in the summary records of the Conference (CONF.7/S.R.4-5), the summary records of the Committee of the Whole (CONF.7/C.1/S.R.1-14) and its report (CONF.7/C.1/Doc. 1) and the report of the Final Clauses Committee (CONF.7/C.2/Doc.1), the Conference drew up the UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FINANCIAL LEASING.

14.- On the basis of the deliberations recorded in the summary records of the Conference (CONF.7/S.R.6), the summary

**FINAL ACT OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE
FOR THE ADOPTION OF THE DRAFT UNIDROIT
CONVENTIONS ON INTERNATIONAL FACTORING
AND INTERNATIONAL FINANCIAL LEASING**

1.- The Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing was held in Ottawa, Canada from 9 to 28 May 1988.

2.- Representatives of 55 States participated in the Conference, namely representatives of:

the People's Democratic Republic of Algeria; the People's Republic of Angola; Antigua and Barbuda; Australia; the Republic of Austria; the Kingdom of Belgium; the Federative Republic of Brazil; the People's Republic of Bulgaria; the Republic of Burundi; the Republic of Cameroon; Canada; the Republic of Chile; the People's Republic of China; the Republic of Colombia; the Republic of Cuba; the Czechoslovak Socialist Republic; the Kingdom of Denmark; the Dominican Republic; the Arab Republic of Egypt; the Republic of El Salvador; the Republic of Finland; the Republic of France; the Federal Republic of Germany; the Republic of Ghana; the Hellenic Republic; the Republic of Guinea; the Hungarian People's Republic; the Republic of India; Ireland; the Italian Republic; Japan; the Lebanese Republic; the United Mexican States; the Kingdom of Morocco; the Kingdom of the Netherlands; the Federal Republic of Nigeria; the Kingdom of Norway; the Republic of the Philippines; the Polish People's Republic; the Portuguese Republic; the Republic of Korea; the Republic of Senegal; the Kingdom of Spain; the Democratic Republic of the Sudan; the Kingdom of Sweden; the Swiss Confederation; the Kingdom of Thailand; the Republic of Turkey; the Union of Soviet Socialist Republics; the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; the United Republic of Tanzania; the United States of America; the Republic of Venezuela; the Socialist Federal Republic of Yugoslavia; the Republic of Zaire.

3.- Four States sent observers to the Conference, namely:

Malaysia; the Republic of Peru; the Republic of Uganda; the Eastern Republic of Uruguay.

4.- The following intergovernmental Organisations were represented by observers at the Conference:

the Commission of the European Communities
the Council of Europe
the Hague Conference on Private International Law
the Organization of American States
the United Nations Commission on International Trade Law
the United Nations Conference on Trade and Development
the World Bank.

5.- The following international non-governmental Organisation was represented by an observer at the Conference:

the International Maritime Committee.

6.- The following international professional associations were represented by observers at the Conference:

Factors Chain International
the World Leasing Council.

7.- The Conference elected Mr T.B. Smith (Canada) as President.

8.- The Conference elected as Vice-Presidents the following representatives:

Mr I. El-Kattan (Egypt)
Mr L. Réczel (Hungary)
Mr H. Ríos de Marimón (Chile)
Mr W. Rolland (Federal Republic of Germany)
Mr Z. Yuan (China).

9.- The following committees were set up by the Conference:

Steering Committee

Chairman: The President of the Conference

Members : The President and the Vice-Presidents of the Conference and the Chairman of the Committee of the Whole

records of the Committee of the Whole (CONF.7/C.1/S.R.15-21) and its report (CONF.7/C.1/Doc.2) and the report of the Final Clauses Committee (CONF.7/C.2/Doc.2) the Conference drew up the UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING.

15.- The Unidroit Convention on International Financial Leasing, the text of which is set out in Appendix I to this Final Act, and the Unidroit Convention on International Factoring, the text of which is set out in Appendix II to this Final Act, were adopted by the Conference on 26 May 1988 and opened for signature at the closing session of the Conference on 28 May 1988. Both Conventions will remain open for signature in Ottawa, Canada until 31 December 1990. They were also opened for accession on 28 May 1988.

16.- Both Conventions are deposited with the Government of Canada.

IN WITNESS WHEREOF the representatives,

GRATEFUL to the Government of Canada for having invited the Conference to Canada and for its generous hospitality,

HAVE SIGNED this Final Act.

DONE at Ottawa, this twenty-eighth day of May, one thousand nine hundred and eighty-eight, in a single copy in the English and French languages, each text being equally authentic.

President

Secretary-General

UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING

THE STATES PARTIES TO THIS CONVENTION,

CONSCIOUS of the fact that international factoring has a significant role to play in the development of international trade,

RECOGNISING therefore the importance of adopting uniform rules to provide a legal framework that will facilitate international factoring, while maintaining a fair balance of interests between the different parties involved in factoring transactions,

HAVE AGREED as follows:

CHAPTER I - SPHERE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS

Article 1

1.- This Convention governs factoring contracts and assignments of receivables as described in this Chapter.

2.- For the purposes of this Convention, "factoring contract" means a contract concluded between one party (the supplier) and another party (the factor) pursuant to which:

(a) the supplier may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods made between the supplier and its customers (debtors) other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use;

(b) the factor is to perform at least two of the following functions:

- finance for the supplier, including loans and advance payments;
- maintenance of accounts (ledgering) relating to the receivables;

- collection of receivables;
- protection against default in payment by debtors;

(c) notice of the assignment of the receivables is to be given to debtors.

3.- In this Convention references to "goods" and "sale of goods" shall include services and the supply of services.

4.- For the purposes of this Convention:

(a) a notice in writing need not be signed but must identify the person by whom or in whose name it is given;

(b) "notice in writing" includes, but is not limited to, telegrams, telex and any other telecommunication capable of being reproduced in tangible form;

(c) a notice in writing is given when it is received by the addressee.

Article 2

1.- This Convention applies whenever the receivables assigned pursuant to a factoring contract arise from a contract of sale of goods between a supplier and a debtor whose places of business are in different States and:

(a) those States and the State in which the factor has its place of business are Contracting States; or

(b) both the contract of sale of goods and the factoring contract are governed by the law of a Contracting State.

2.- A reference in this Convention to a party's place of business shall, if it has more than one place of business, mean the place of business which has the closest relationship to the relevant contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of that contract.

Article 3

1.- The application of this Convention may be excluded:

(a) by the parties to the factoring contract; or

(b) by the parties to the contract of sale of goods, as regards receivables arising at or after the time when the factor has been given notice in writing of such exclusion.

2.- Where the application of this Convention is excluded in accordance with the previous paragraph, such exclusion may be made only as regards the Convention as a whole.

Article 4

1.- In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its object and purpose as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

2.- Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

CHAPTER II - RIGHTS AND DUTIES OF THE PARTIES

Article 5

As between the parties to the factoring contract:

(a) a provision in the factoring contract for the assignment of existing or future receivables shall not be rendered invalid by the fact that the contract does not specify

them individually, if at the time of conclusion of the contract or when they come into existence they can be identified to the contract;

(b) a provision in the factoring contract by which future receivables are assigned operates to transfer the receivables to the factor when they come into existence without the need for any new act of transfer.

Article 6

1.- The assignment of a receivable by the supplier to the factor shall be effective notwithstanding any agreement between the supplier and the debtor prohibiting such assignment.

2.- However, such assignment shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in a Contracting State which has made a declaration under Article 18 of this Convention.

3.- Nothing in paragraph 1 shall affect any obligation of good faith owed by the supplier to the debtor or any liability of the supplier to the debtor in respect of an assignment made in breach of the terms of the contract of sale of goods.

Article 7

A factoring contract may validly provide as between the parties thereto for the transfer, with or without a new act of transfer, of all or any of the supplier's rights deriving from the contract of sale of goods, including the benefit of any provision in the contract of sale of goods reserving to the supplier title to the goods or creating any security interest.

Article 8

1.- The debtor is under a duty to pay the factor if, and only if, the debtor does not have knowledge of any other person's superior right to payment and notice in writing of the assignment:

(a) is given to the debtor by the supplier or by the factor with the supplier's authority;

(b) reasonably identifies the receivables which have been assigned and the factor to whom or for whose account the debtor is required to make payment; and

(c) relates to receivables arising under a contract of sale of goods made at or before the time the notice is given.

2.- Irrespective of any other ground on which payment by the debtor to the factor discharges the debtor from liability, payment shall be effective for this purpose if made in accordance with the previous paragraph.

Article 9

1.- In a claim by the factor against the debtor for payment of a receivable arising under a contract of sale of goods the debtor may set up against the factor all defences arising under that contract of which the debtor could have availed itself if such claim had been made by the supplier.

2.- The debtor may also assert against the factor any right of set-off in respect of claims existing against the supplier in whose favour the receivable arose and available to the debtor at the time a notice in writing of assignment conforming to Article 8(1) was given to the debtor.

Article 10

1.- Without prejudice to the debtor's rights under Article 9, non-performance or defective or late performance of the contract of sale of goods shall not by itself entitle the debtor to recover a sum paid by the debtor to the factor if the debtor has a right to recover that sum from the supplier.

2.- The debtor who has such a right to recover from the supplier a sum paid to the factor in respect of a receivable shall nevertheless be entitled to recover that sum from the factor to the extent that:

(a) the factor has not discharged an obligation to make payment to the supplier in respect of that receivable; or

(b) the factor made such payment at a time when it knew of the supplier's non-performance or defective or late performance as regards the goods to which the debtor's payment relates.

CHAPTER III - SUBSEQUENT ASSIGNMENTS

Article 11

1.- Where a receivable is assigned by a supplier to a factor pursuant to a factoring contract governed by this Convention:

(a) the rules set out in Articles 5 to 10 shall, subject to sub-paragraph (b) of this paragraph, apply to any subsequent assignment of the receivable by the factor or by a subsequent assignee;

(b) the provisions of Articles 8 to 10 shall apply as if the subsequent assignee were the factor.

2.- For the purposes of this Convention, notice to the debtor of the subsequent assignment also constitutes notice of the assignment to the factor.

Article 12

This Convention shall not apply to a subsequent assignment which is prohibited by the terms of the factoring contract.

CHAPTER IV - FINAL PROVISIONS

Article 13

1.- This Convention is open for signature at the concluding meeting of the Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing and will remain open for signature by all States at Ottawa until 31 December 1990.

2.- This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by States which have signed it.

3.- This Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

4.- Ratification, acceptance, approval or accession is effected by the deposit of a formal instrument to that effect with the depositary.

Article 14

1.- This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

2.- For each State that ratifies, accepts, approves, or accedes to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force in respect of that State on the first day of the month following the expiration of six months

after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 15

This Convention does not prevail over any treaty which has already been or may be entered into.

Article 16

1.- If a Contracting State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may substitute its declaration by another declaration at any time.

2.- These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

3.- If, by virtue of a declaration under this article, this Convention extends to one or more but not all of the territorial units of a Contracting State, and if the place of business of a party is located in that State, this place of business, for the purposes of this Convention, is considered not to be in a Contracting State, unless it is in a territorial unit to which the Convention extends.

4.- If a Contracting State makes no declaration under paragraph 1, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 17

1.- Two or more Contracting States which have the same or closely related legal rules on matters governed by this

Convention may at any time declare that the Convention is not to apply where the supplier, the factor and the debtor have their places of business in those States. Such declarations may be made jointly or by reciprocal unilateral declarations.

2.- A Contracting State which has the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention as one or more non-Contracting States may at any time declare that the convention is not to apply where the supplier, the factor and the debtor have their places of business in those States.

3.- If a State which is the object of a declaration under the previous paragraph subsequently becomes a Contracting State, the declaration made will, as from the date on which the Convention enters into force in respect of the new Contracting State, have the effect of a declaration made under paragraph 1, provided that the new Contracting State joins in such declaration or makes a reciprocal unilateral declaration.

Article 18

A Contracting State may at any time make a declaration in accordance with Article 6(2) that an assignment under Article 6(1) shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in that State.

Article 19

1.- Declarations made under this Convention at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

2.- Declarations and confirmations of declarations are to be in writing and to be formally notified to the depositary.

3.- A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes

effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary. Reciprocal unilateral declarations under Article 17 take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the receipt of the latest declaration by the depositary.

4.- Any State which makes a declaration under this Convention may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal is to take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

5.- A withdrawal of a declaration made under Article 17 renders inoperative in relation to the withdrawing State, as from the date on which the withdrawal takes effect, any joint or reciprocal unilateral declaration made by another State under that article.

Article 20

No reservations are permitted except those expressly authorised in this Convention.

Article 21

This Convention applies when receivables assigned pursuant to a factoring contract arise from a contract of sale of goods concluded on or after the date on which the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in Article 2 (1)(a), or the Contracting State or States referred to in paragraph 1(b) of that article, provided that:

(a) the factoring contract is concluded on or after that date; or

(b) the parties to the factoring contract have agreed that the Convention shall apply.

Article 22

1.- This Convention may be denounced by any Contracting State at any time after the date on which it enters into force for that State.

2.- Denunciation is effected by the deposit of an instrument to that effect with the depositary.

3.- A denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the deposit of the instrument of denunciation with the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the instrument of denunciation it takes effect upon the expiration of such longer period after its deposit with the depositary.

Article 23

1.- This Convention shall be deposited with the Government of Canada.

2.- The Government of Canada shall:

(a) inform all States which have signed or acceded to this Convention and the President of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) of:

(i) each new signature or deposit of an instrument of ratification, acceptance, approval or accession, together with the date thereof;

(ii) each declaration made under Articles 16, 17 and 18;

(iii) the withdrawal of any declaration made under Article 19 (4);

(iv) the date of entry into force of this Convention;

(v) the deposit of an instrument of denunciation of this Convention together with the date of its deposit and the date on which it takes effect;

(b) transmit certified true copies of this Convention to all signatory States, to all States acceding to the Convention and to the President of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit).

IN WITNESS WHEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorised by their respective Governments, have signed this Convention.

DONE at Ottawa, this twenty-eighth day of May, one thousand nine hundred and eighty-eight, in a single original, of which the English and French texts are equally authentic.

ANEXO II

CONVENIO DE UNIDROIT SOBRE EL FACTORING INTERNACIONAL

LOS ESTADOS PARTES EN EL PRESENTE CONVENIO,

CONSCIENTES de que el factoring internacional tiene que desempeñar una importante función en el desarrollo del comercio internacional,

RECONOCIENDO por consiguiente la importancia de adoptar normas uniformes que establezcan un marco jurídico que facilite el factoring internacional y de velar por el equilibrio entre los intereses de las diferentes partes en las operaciones de factoring,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

CAPITULO I - AMBITO DE APLICACION Y DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

1.- Por el presente Convenio se regirán los contratos de factoring y las cesiones de créditos que se describen en el presente capítulo.

2.- A efectos del presente Convenio, por "contrato de factoring" se entenderá el celebrado entre una parte (el proveedor) y otra parte (la empresa de factoring, en lo sucesivo denominada el factor o cesionario) en virtud del cual:

a) el proveedor pueda o deba ceder al factor o cesionario créditos surgidos de contratos de venta de mercancías celebrados entre el proveedor y sus clientes (deudores), con exclusión de los que se refieran a mercancías compradas principalmente para su uso personal, familiar o doméstico.

b) el factor o cesionario deberá realizar al menos dos de las funciones siguientes:

- la financiación del proveedor, en particular los préstamos y pagos anticipados;
- llevar las cuentas relativas a los créditos;
- el cobro de los créditos;
- la protección contra la falta de pago por parte de los deudores;

c) la cesión de los créditos deberá ser notificada a los deudores.

3.- En el presente Convenio, las disposiciones que se apliquen a las mercancías y a su venta se aplicarán también a los servicios y a su prestación.

4.- A efectos del presente Convenio:

a) las notificaciones por escrito no necesitarán ir firmadas, pero deberán indicar por quién o en nombre de quién se hacen;

b) las "notificaciones por escrito" comprenderán también los telegramas, los télex, así como cualquier otro medio de telecomunicación susceptible de ser reproducido de forma tangible;

c) se considerará hecha la notificación por escrito cuando la reciba el destinatario.

Artículo 2

1.- Se aplicará el presente Convenio cuando los créditos cedidos en virtud de un contrato de factoring nazcan de un contrato de venta de mercancías entre un proveedor y un deudor que tengan su establecimiento en Estados diferentes y:

a) esos Estados, así como el Estado en que el factor o cesionario tenga su establecimiento, sean Estados contratantes; o

b) el contrato de venta de mercancías y el de factoring estén regidos por la ley de un Estado contratante.

2.- El establecimiento al que se hace referencia en el presente Convenio designará, si una de las partes tiene más de uno, aquél que tenga una relación más estrecha con el contrato en cuestión y su ejecución, habida cuenta de las circunstancias conocidas por las partes o previstas por ellas en un momento cualquiera antes de la celebración o en el momento de la celebración de ese contrato.

Artículo 3

1.- Podrá excluirse la aplicación del presente Convenio:

- a) por las partes en el contrato de factoring; o
- b) por las partes en el contrato de venta de mercancías con respecto de los créditos nacidos en el momento o después del momento en que se haya notificado por escrito al cesionario esta exclusión.

2.- Cuando, de conformidad con el apartado precedente, se haya excluido la aplicación del presente Convenio, dicha exclusión sólo podrá referirse al conjunto del Convenio.

Artículo 4

1.- Para la interpretación del presente Convenio, se tendrá en cuenta su objeto y finalidad tal como han quedado expuestos en su preámbulo, su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación así como de asegurar el respeto de la buena fe en el comercio internacional.

2.- Las cuestiones relativas a las materias reguladas por el presente Convenio y que no estén expresamente previstas en el mismo se registrarán por los principios generales en que este Convenio se inspira o, a falta de esos principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado.

CAPITULO II - DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Artículo 5

Unicamente en las relaciones entre las partes en el contrato de factoring:

a) será válida la cláusula del contrato de factoring en que se estipule la cesión de créditos existentes o futuros, aun cuando no se designen individualmente, siempre que en el momento de la celebración del contrato o del nacimiento de los créditos sean éstos susceptibles de determinación;

b) la cláusula del contrato de factoring en virtud de la cual se cedan créditos futuros dará lugar a la transferencia de los mismos al factor o cesionario desde el momento de su nacimiento, sin necesidad de un nuevo acto de transferencia.

Artículo 6

1.- La cesión de un crédito por el proveedor al factor o cesionario podrá realizarse no obstante cualquier pacto entre el proveedor y el deudor en que se prohíba dicha cesión.

2.- Sin embargo, dicha cesión no surtirá efecto con respecto del deudor que, en el momento de la celebración del contrato de venta de mercancías, tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya formulado la declaración a que se refiere el artículo 18 del presente Convenio.

3.- Lo dispuesto en el apartado 1 no afectará a ninguna obligación de buena fe que incumba al proveedor frente al deudor o a cualquier responsabilidad del proveedor con respecto al deudor en relación con una cesión efectuada incumpliendo las condiciones del contrato de venta de mercancías.

Artículo 7

Unicamente a efectos de las relaciones entre las partes en el contrato de factoring, en éste podrá estipularse válidamente la transferencia, directamente o mediante un nuevo acto, de todos o parte de los derechos del proveedor derivados de la venta de mercancías, incluido el beneficio de cualquier estipulación del contrato de venta de mercancías en que se reserve al proveedor la propiedad de las mercancías o se le confiera cualquier otra garantía.

Artículo 8

1.- El deudor estará obligado a pagar al factor o cesionario siempre que no hubiere tenido conocimiento de un derecho preferente por parte de otra persona y cuando la notificación por escrito de la cesión:

a) haya sido hecha al deudor por el proveedor o por el factor o cesionario en virtud de poder otorgado por el proveedor;

b) determina de manera suficiente los créditos cedidos y el factor o cesionario a quien o por cuenta de quien deberá efectuar el pago el deudor; y

c) se refiere a créditos que nazcan de un contrato de venta de mercancías que se haya celebrado antes o en el momento de hacerse la notificación.

2.- El pago por el deudor al factor o cesionario tendrá efecto liberatorio cuando se efectúe de conformidad con el apartado precedente, sin perjuicio de cualquier otra forma de pago con efecto igualmente liberatorio.

Artículo 9

1.- En caso de que el factor o cesionario formule contra él una reclamación de pago de un crédito resultante del contrato de venta de mercancías, el deudor podrá invocar contra el factor o cesionario todos los medios de defensa derivados del contrato que habría podido alegar si la demanda hubiera sido interpuesta por el proveedor.

2.- El deudor podrá también ejercer contra el factor o cesionario cualquier derecho de reconvencción relativo a derechos o acciones existentes contra el proveedor en cuyo favor haya nacido el crédito, y que pudiera invocar en el momento en que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, se efectuó la notificación por escrito de la cesión.

Artículo 10

1.- Sin perjuicio de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 9, la falta, defecto o retraso en la ejecución del contrato de venta de mercancías no permitirá al deudor recuperar el pago que haya efectuado al factor o cesionario si ésta tiene derecho a repetir las cantidades pagadas contra el proveedor.

2.- Sin embargo, cuando el deudor goce del derecho de repetición contra el proveedor, podrá repetir el pago que haya efectuado al factor o cesionario en la medida en que:

a) el factor o cesionario no haya cumplido su obligación de pagar al proveedor los créditos cedidos; o

b) el factor o cesionario haya pagado en un momento en que tuviera conocimiento de la falta, defecto o retraso en la ejecución, por parte del proveedor, del contrato de venta relativo a las mercancías a que se refiera el pago del deudor.

CAPITULO III - CESIONES SUCESIVAS

Artículo 11

1.- Cuando un proveedor ceda a un cesionario un crédito en virtud de un contrato de factoring regido por el presente Convenio:

a) sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del presente apartado, lo dispuesto en los artículos 5 a 10 será aplicable a toda cesión sucesiva del crédito por el factor o cesionario o por un factor o cesionario sucesivo;

b) lo dispuesto en los artículos 8 a 10 será aplicable como si el cesionario sucesivo fuera la empresa de factoring.

2.- A efectos del presente Convenio, la notificación al deudor de la cesión sucesiva constituirá también la notificación de la cesión a la empresa de factoring.

Artículo 12

El presente Convenio no será aplicable a una cesión sucesiva prohibida por el contrato de factoring.

CAPITULO IV - DISPOSICIONES FINALES

Artículo 13

1.- El presente Convenio quedará abierto a la firma en la sesión de clausura de la Conferencia diplomática para la adopción de proyectos de Convenios de Unidroit sobre el factoring y el arrendamiento financiero ("leasing") internacionales y permanecerá abierto a la firma de todos los Estados en Ottawa hasta el 31 de diciembre de 1990.

2.- El presente Convenio estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados que lo hayan firmado.

3.- El presente Convenio estará abierto a la adhesión de todos los Estados no signatarios, a partir de la fecha en que se encuentre abierto a la firma.

4.- La ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se efectuarán mediante el depósito de un instrumento en buena y debida forma a dicho efecto en poder del depositario.

Artículo 14

1.- El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2.- Con respecto de todo Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio o se adhiera al mismo después del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor con respecto de dicho Estado el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 15

El presente Convenio no prevalecerá sobre un tratado ya concertado o que pueda concertarse en el futuro.

Artículo 16

1.- Todo Estado contratante que conste de dos o más unidades territoriales en las que se apliquen diferentes sistemas jurídicos en las materias reguladas por el presente Convenio podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, declarar que el presente Convenio será aplicable a todas sus unidades territoriales o únicamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración mediante otra nueva.

2.- Estas declaraciones se notificarán al depositario y en ellas se designarán expresamente las unidades territoriales a las que será aplicable el Convenio.

3.- Si, en virtud de una declaración formulada de conformidad con el presente artículo, el presente Convenio fuera aplicable a una o varias unidades territoriales de un Estado contratante, pero no a todas, y si el establecimiento de una parte estuviera situado en dicho Estado, dicho

establecimiento será considerado, a efectos del presente Convenio, como si no estuviera situado en un Estado contratante, a menos que se encuentre situado en una unidad territorial a la cual sea aplicable el Convenio.

4.- Si un Estado contratante no formula ninguna declaración en virtud del apartado 1, el Convenio será aplicable al conjunto del territorio de dicho Estado.

Artículo 17

1.- Cuando dos o más Estados contratantes apliquen normas jurídicas idénticas o similares a las materias reguladas por el presente Convenio, podrán declarar en cualquier momento que el Convenio no será aplicable cuando el proveedor, el factor o cesionario y el deudor tengan sus establecimientos en dichos Estados. Dichas declaraciones podrán ser formuladas conjuntamente o de manera unilateral y recíproca.

2.- Todo Estado contratante que, en las materias reguladas por el presente Convenio, aplique normas jurídicas idénticas o similares a las de uno o varios Estados no contratantes podrá, en cualquier momento, declarar que el Convenio no se aplicará cuando el proveedor, el factor o cesionario y el deudor tengan su establecimiento en dichos Estados.

3.- Cuando un Estado que haya sido objeto de una de las declaraciones previstas en el apartado anterior se convierta posteriormente en Estado contratante, la declaración formulada surtirá, a partir de la fecha en que entre en vigor el presente Convenio con respecto de ese nuevo Estado contratante, los efectos de una declaración formulada en virtud del apartado 1, a condición de que el nuevo Estado contratante se adhiera a dicha declaración o formule otra unilateral y recíproca.

Artículo 18

Un Estado contratante podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el apartado 2 del artículo 6, que una cesión realizada en virtud del apartado 1 del artículo 6 no surtirá efecto con respecto del deudor que, en el momento de la celebración del contrato de venta de mercancías, tenga su establecimiento en dicho Estado.

Artículo 19

1.- Las declaraciones formuladas en virtud del presente Convenio en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

2.- Las declaraciones, y la confirmación de esas declaraciones, se harán por escrito y se notificarán formalmente al depositario.

3.- Las declaraciones surtirán efecto en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto del Estado declarante. Sin embargo, la declaración cuya notificación formal haya sido recibida por el depositario después de esa fecha surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha de su recepción por el depositario. Las declaraciones unilaterales y recíprocas formuladas en virtud del artículo 17 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses después de la fecha de recepción por el depositario de la última declaración.

4.- Todo Estado que formule una declaración en virtud del presente Convenio podrá retirarla en cualquier momento mediante una notificación formal dirigida por escrito al depositario. Esta retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de seis meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

5.- La retirada de una declaración formulada en virtud del artículo 17 dejará sin efecto, con respecto del Estado que la retire y a partir de la fecha en que surta efecto la retirada, toda declaración conjunta o unilateral y recíproca formulada por otro Estado en virtud de ese mismo artículo.

Artículo 20

No se autorizarán más reservas que las expresamente previstas en el presente Convenio.

Artículo 21

El presente Convenio será aplicable cuando los créditos cedidos en virtud de un contrato de factoring nazcan de un contrato de venta de mercancías celebrado después de la entrada en vigor del Convenio en los Estados contratantes a que se refiera la letra a) del apartado 1 del artículo 2, o en el Estado o Estados contratantes a que se refiera la letra b) del apartado 1 de dicho artículo, con la condición de que:

a) el contrato de factoring se haya celebrado después de dicha fecha; o que

b) las partes en el contrato de factoring hayan convenido la aplicación del Convenio.

Artículo 22

1.- Cualquier Estado contratante podrá denunciar el presente Convenio en cualquier momento posterior a la fecha en que el mismo entre en vigor con respecto de dicho Estado.

2.- La denuncia se formalizará mediante el depósito de un instrumento a dicho efecto en poder del depositario.

3.- La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de seis meses después de la fecha de depósito del instrumento de denuncia en poder

del depositario. Cuando en el instrumento de denuncia se haya expresado un plazo más largo para que surta efecto la misma, la denuncia surtirá efecto a la expiración del período de que se trate después del depósito del instrumento de denuncia en poder del depositario.

Artículo 23

1.- El presente Convenio se depositará en poder del Gobierno del Canadá.

2.- El Gobierno de Canadá:

a) informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Convenio o que se hayan adherido al mismo y al Presidente del Instituto Internacional para Unificación del Derecho Privado (Unidroit):

i) de toda nueva firma o de todo depósito de un instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y de la fecha en que se haya producido dicha firma o depósito;

ii) de toda declaración formulada en virtud de los artículos 16, 17 y 18;

iii) de la retirada de toda declaración formulada en virtud del apartado 4 del artículo 19;

iv) de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio;

v) del depósito de todo instrumento de denuncia del presente Convenio, así como de la fecha en que se haya producido dicho depósito y de la fecha en que la denuncia surtirá efecto;

b) transmitirá copias certificadas del presente Convenio a todos los Estados signatarios y a todos los Estados que se hayan adherido al mismo, así como al Presidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Convenio.

HECHO en Ottawa, el veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, en un ejemplar único, cuyos textos inglés y francés son igualmente auténticos.

EL DIRECTOR JEFE DE LA SECCION DE INTERPRETACION DE LENGUAS CERTIFICA: Que la precedente traducción está fiel y literalmente hecha de un original en inglés y francés que a tal efecto se me ha exhibido. Madrid, a diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

