



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

BASES PARA UNA REGULACIÓN ESPECIAL AL CONTRATO DE FACTORING

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica.

Profesor Guía

LL. M. Jean-Christophe Lievain

Autor

Gabriel Ignacio Chiriboga Terán

Año

2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Jean-Christophe Lievain

LL.M.

C.C.172614638-2

DECLARACIÓN DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mí, autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Gabriel Ignacio Chiriboga Terán

C.C.171267066-8

RESUMEN

Para el desarrollo de un negocio, las personas jurídicas y naturales se encuentran en una constante búsqueda de una alternativa de crédito que satisfaga sus necesidades financieras. Una respuesta viable la da el factoring como contrato mercantil y financiero a corto plazo en el que, una de las partes, anticipa el valor total de un título de crédito a la otra parte contractual, a cambio de la cesión de tal título, más una comisión. Esta figura ha funcionado desde sus inicios como un contrato atípico sin embargo, con la evolución del derecho y dada la complejidad del factoring, legislaciones nacionales e internacionales lo han ido incorporando a su marco normativo.

En el Ecuador el factoring ha estado desamparado por la legislación. Recientemente existe la intención de tipificar la figura con el objetivo de poder aprovechar el recurso que representaría el factoring en el país, para lo cual se hace necesario regular responsablemente, a través de un profundo estudio y análisis que permita al factoring adaptarse completamente a la legislación nacional e internacional. Para ello es fundamental establecer las bases esenciales que conduzcan a una reglamentación de la figura. De esta forma se prevé generar la suficiente seguridad jurídica y consecuentemente el beneficio de las partes involucradas en este tipo de contrato.

ABSTRACT

To develop any business, natural and legal persons, are constantly researching an alternative source of financing, which could satisfy their financial needs. A viable answer is factoring, as a commercial and financial short-term agreement, in which one of the parties pays in advance the total value of a negotiable instrument to the other party, in exchange of the negotiable instrument plus its commission. Within its beginnings, factoring has worked as an atypical contract, however law progress and due to the complexity of factoring, national and international legislation have gradually incorporated to their legal framework.

In Ecuador, factoring has not been regulated under national legislation. Recently, there is an intention to typify this contract, in order to take advantage of a financial source that would help the country, for which a responsible regulation is a must through a deep study and analysis, allowing factoring fit completely inside national legislation. To do so, is important to establish essential bases, which lead to a regulation of this legal figure. By this mean, regulation would leave legal security and subsequently would bring benefits to the parties.

ÍNDICE

Introducción.....	1
1. Capítulo I: Generalidades del factoring.	3
1.1. Historia y desarrollo del factoring.....	3
1.2. Concepto, nociones básicas.....	9
1.3. Naturaleza jurídica y caracteres del contrato.....	12
1.3.1. Naturaleza Jurídica.....	12
1.3.2. Caracteres.....	13
1.4. Modalidades del contrato de factoring.....	15
1.4.1. Según la forma de ejecución.....	15
1.4.2. Según el territorio.....	17
1.4.3. Según el financiamiento.....	17
1.4.4. Según la asunción del riesgo.....	18
1.4.5. Según el tipo de operación.....	19
1.5. Descripción de la operación del contrato de factoraje....	20
1.6. Títulos de crédito que participan en el contrato de factoring y su operatividad.....	21
1.7. El contrato de factoring vs contratos financieros y mercantiles afines.....	27
1.7.1. Contrato de Descuento.....	27
1.7.2. Contrato de Mutuo.....	28
1.7.3. Contrato de Distribución.....	29
1.7.4. Contrato de Compraventa de cartera.....	29
1.7.5. El factor.....	30
1.7.6. Contrato de Cesión de Derechos.....	30
1.7.7. Confirming.....	31
2. Capítulo II: El factoraje en el ámbito internacional.....	33
2.1. El factoring internacional.....	33
2.1.1. Factoring de exportación.....	33

2.1.2. Factoring de importación.....	35
2.2. Derecho comparado sobre el contrato de factoring.....	36
2.2.1. Perú.....	36
2.2.2. Colombia.....	38
2.2.3. Chile.....	40
2.2.4. España.....	41
2.2.5. Francia.....	44
2.3. Convenciones internacionales sobre factoring.....	45
2.4. Asociaciones u organismos nacionales e internacionales de factoring.....	48
3. Capítulo III: El factoring en el Ecuador.....	51
3.1. Relación con el Derecho Constitucional ecuatoriano.....	51
3.2. Relación con el Derecho Civil ecuatoriano.....	52
3.3. Relación con el Derecho Comercial ecuatoriano.....	55
3.4. Relación con el Derecho Tributario.....	57
3.5. Análisis del factoring en el Derecho Financiero	59
3.5.1. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.....	59
3.5.2. Código Orgánico Monetario Financiero.....	60
3.5.3. Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.....	63
3.5.4. Ley de Creación de la red de Seguridad Financiera.....	63
3.6. Otros cuerpos normativos que mencionan al factoring.....	64
3.7. Análisis sobre las empresas especializadas de factoring en el Ecuador.....	65
3.8. Servicios de factoring que ofrece el sistema financiero público y privado.....	68
3.9. Análisis de entrevistas realizadas sobre la práctica del contrato de factoring en el país.....	71
3.9.1. Entrevista a Factor Logros del Ecuador S.A.....	71

3.9.2. Entrevista a María Isabel Carillo.....	72
4. Capítulo IV: Conclusiones y Recomendaciones.....	74
4.1. Conclusiones.....	74
4.2. Recomendaciones.....	78
Referencias.....	83
Anexos.....	88

INTRODUCCION

El *factoring*, es un contrato que tiene por objeto la cesión de créditos a cambio de financiamiento y servicios complementarios. Es un contrato relativamente nuevo que surge a mediados del siglo XVI en Inglaterra con la figura de los factores, quienes estaban encargados de negocios textiles en las colonias principalmente en Estados Unidos de América en vista que necesitaban una persona residente en las colonias que se encarguen de la gestión de cobro y anticipe el dinero al dueño del negocio. “Se señala que en los siglos XVI al XIX la actividad de factorajes ingleses tuvo un gran desarrollo con motivo de la colonización en América del Norte” (Villegas, 2005, p 681). Posteriormente, este contrato se fue perfeccionando a través de los años, sin embargo queda mucho por desarrollarlo, especialmente en las legislaciones de cada estado.

En el Ecuador, al igual que en otros países, la figura surge por necesidad de financiamiento complementario y fuera de los métodos tradicionales, de personas naturales y jurídicas que intentaban seguir corrientes y prácticas financieras y mercantiles de países industriales. Así, que a finales de los años ochenta comienza a operar el contrato de “*factoring*” en nuestro país. Recién a mediados de los años noventa, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero reconoce a este contrato como una de las operaciones permitidas para las Instituciones Financieras.

Pero, la falta de una regulación clara y específica en el país ha imposibilitado el desarrollo de estas operaciones, de modo que se no se ha aprovechado de una alternativa de financiamiento que ofrece el mercado financiero. En entidades crediticias es un poco complicado acceder a un crédito debido a las garantías que se exigen. El factoraje se presenta como una opción rápida y eficaz de financiamiento. Las pequeñas y medianas empresas han sido los mayores afectados, así como personas naturales emprendedoras que, al no encontrar un financiamiento oportuno que les permita invertir a corto plazo y cubrir gastos corrientes, abandonan su emprendimiento.

En base a estos antecedentes y por medio de una investigación profunda de la figura, se propone subsanar los vacíos legales, para que de esta manera se conformen las bases esenciales que encaminen a la reglamentación de esta operación en el Ecuador, con el fin de evitar futuros problemas que tanto factores, clientes y terceros tienen al momento de operar este contrato.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES DEL FACTORING

1.1 HISTORIA Y DESARROLLO DEL FACTORING.-

Al igual que todo en esta vida, para entender algo, es importante indagar en sus antecedentes. Lo mismo sucede con el contrato de factoraje. Existe muy poca discrepancia entre tratadistas sobre los orígenes, de todas maneras será preciso analizar estas pequeñas diferencias que permitan sacar conclusiones sobre la procedencia y la evolución del mencionado contrato.

La compraventa de una deuda es el acto por el cual una tercera persona compra en efectivo a su acreedor una deuda a cambio del derecho de cobro. También es una práctica milenaria, según lo manifestado a continuación: “... *some writers of the history of factoring have traced the practice back to Babylonian times 5000 years ago...*” (Ruddy Noel, Mills Simon, Davidson Nigel, 2006, p 5). (...algunos escritores sobre la historia del factoring han ubicado esta práctica en tiempos de Babilonia 5000 años atrás). Aquí se afirma que algunos tratadistas remontan al origen del factoring cinco mil años atrás en Babilonia, lo cual no es del todo acertado puesto que existía una práctica muy primitiva y diferente a las características complejas que compone el factoraje; era una simple compraventa de deuda.

Hay otros autores que lo asemejan con la figura en derecho romano del *Ins-titor*: “En el derecho romano se llamaba *ins-titor*, a quien gestionaba y concluía un negocio por encargo de otra persona” (Zito, 1995, p 177). Esta visión es poco atinada ya que eso se remite al término de factor más que al contrato de factoring en sí mismo. En este caso el negocio que manejaba este factor podría ser de cualquier índole, a través de un mandato.

La mayoría de escritores coinciden que el verdadero nacimiento del factoring es en la época de la colonización de América, precisamente en Estados Unidos donde fue una práctica creada por los colonos Ingleses, entre los siglos XV y XIX. Tal como afirman algunos tratadistas; “El factoring se originó en el siglo XVIII

en las colonias británicas de Norteamérica.”(Ramírez, 2008, p 409); “El antecedente del factoring se ubica en una antigua operación mercantil Inglesa, esto es la *commission agent* que apareció en el siglo XV.” (Cevallos, 2011, p 417). El “*commission agent*” al que se hace referencia es un agente que, por encargo, realizaba ciertas gestiones del negocio a cambio de una comisión.

“El factoring evoluciona gradualmente en un proceso que se inicia con el llamado colonial factoring, en el cual el Factor desarrolla un rol limitado a la distribución de mercaderías, y que podemos situar entre fines del siglo XV y finales del siglo XIX.” (Marré, 1995, p 14).

El *colonial factoring* consistía en una operación entre el factor o “*comission agent*” y el proveedor, por la cual el factor era representante y depositario de la mercadería del proveedor a cambio de una comisión. El factor también estaba encargado de cobrar las facturas pendientes de pago al proveedor. Posteriormente los servicios del factor se fueron ampliando a la distribución de la mercadería.

La dificultad de transporte, las complicaciones en comunicación y la búsqueda de agilidad en ciertos negocios estimularon a la creación de los *factors* que, en un inicio, eran personas (colonos residentes por lo general) de confianza del dueño del negocio y prestaban un servicio personalizado. Estos *factors*, aparte de las funciones enunciadas, también asesoraban a los dueños de los negocios que desconocían el comportamiento del mercado en América.

Si bien se menciona que el motivo principal que desarrolló el factoraje fue la colonización de Norteamérica, siendo más específicos, el comercio surgido entre ambos continentes fue el factor determinante, dado que dentro del territorio americano se crearon necesidades de productos europeos, situación que fue bien aprovechada por comerciantes europeos para ampliar sus mercados. Mientras que, por otro lado, América ofrecía materia prima y cierto tipo de bienes que Europa quería importarlos.

Se presume que en las colonias españolas existían las mismas dificultades comerciales que tenían los ingleses; por lo que se podría deducir que este

contrato también tuvo su desarrollo en Centro América y América del Sur. A la persona encargada de un negocio se la denominó “intermediador” que en algo se asemejaba a la función del factor; sin embargo, el desarrollo de estas operaciones fue muy pobre a diferencia de lo ocurrido en Norteamérica, razón por la cual, no se podría aseverar que realmente existía factoring en esta región.

Todas estas afirmaciones permiten tener resultados preliminares al respecto de la historia del contrato de factoring. El primero es que los ingleses fueron los creadores de la figura. El segundo es que su origen y su etapa de evolución se encuentran entre los siglos XV y XIX. El tercero es que el suceso que motivó su creación fue la colonización de los ingleses a Norteamérica. Finalmente, el cuarto es que, en un primer momento, este contrato se denominaba *colonial factoring* que se limitaba a la representación, depósito y distribución y cobro.

En el siglo XIX el contrato adquirió mayor complejidad pues, a medida que iba pasando el tiempo, los factores diversificaron sus funciones y adquirieron la capacidad de prestamistas a los otorgantes del encargo. De esta misma manera se crearon mecanismos de garantías de pago en favor del factor, como las mismas mercancías del dueño del negocio.

“En una segunda etapa, ya a fines del siglo XIX, el factor asumirá un rol más complejo, apareciendo como cesionario de los créditos surgidos de la actividad mercantil de su cliente, para cumplir una función de gestión, asunción de riesgo de insolvencia y, por último, como medio de financiación. Esta forma de operar se conoce, en doctrina como el *old line factoring*.” (Marré, 1995, p 14).

En este modo de operación los factores, al realizar la gestión de cobro, tenían la facilidad que, automáticamente, se paguen así mismo su comisión; a más de tener custodia de la mercadería como una forma de garantía. Entonces, aquí inicia el factoring moderno y se comienzan a ampliar este tipo de actividades por lo rentables e importantes que comenzaron a ser. En esta etapa es cuando el factor comienza a adquirir títulos de crédito al factorado, (cliente o proveedor) obteniendo una remuneración adicional por el financiamiento o pago anticipado

de créditos. Además que los factores comienzan a asumir el riesgo de insolvencia del deudor. Esta evolución del factoraje se la denominó como “*old line factoring*”.

A la evolución del factoraje de fuente anglosajona la acompaña algunos acontecimientos de otra índole que indirecta o directamente influyeron en el desarrollo del contrato. Entre ellos se encuentran algunos hechos históricos como la Independencia de Estados Unidos, la posterior guerra civil, la recesión de 1930 y el Plan Marshall. En el primer caso se logró la libertad comercial; en el segundo evento se modificó el escenario comercial internamente; en la recesión, la legislación limitó operaciones crediticias; y finalmente, el Plan Marshall inyectó capitales frescos para restaurar la economía europea e incentivó a la Banca Norteamericana para expandir su mercado al viejo continente.

Adicionalmente existen factores políticos y económicos como, por ejemplo, ciertas políticas económicas proteccionistas americanas e inglesas para algunos productos que en su momento frenaron al comercio y a las negociaciones entre ambos continentes; por solo mencionar algunos de los muchos hitos importantes. Lo rescatable es que, la figura supo adaptarse a las circunstancias fortaleciéndose y evolucionando positivamente.

A finales del siglo, la figura del factor muchas veces no era bien vista porque la población relacionaba al factoring con la falta de autogestión de una empresa. Otra barrera fue la falta de una regulación clara que genere confianza a los ciudadanos. En respuesta a este vacío legal se promulga en Estados Unidos, a inicios del siglo XX (1911) el *New York Factor's Act.*, “... que estableció una suerte de privilegio (lien) sobre bienes materiales del comerciante en favor del *Factor*, que se perfecciona mediante un régimen de publicidad y registro de las cesiones de crédito verificadas” (Marré, 1995, p 17).

Con el paso del tiempo la imagen de la figura fue componiéndose; en virtud de que grandes bancos se fueron incorporando al negocio dando confianza a estas operaciones financieras. Superada la recesión en Estados Unidos, el factoring

se consolidó en el mercado ofreciendo una gama de servicios financieros así como servicios complementarios. Por otro lado la regulación de las operaciones de financiamiento configuró un contrato de factoring más técnico y una alternativa de financiamiento más confiable. A esta etapa de evolución del contrato se la conoce como el “*New Style factoring*”.

En Europa a mediados del siglo XX, el factoraje, en contraste con lo que sucedió en Estados Unidos, venía en decaimiento. Una emergente banca norteamericana aprovechó esta situación para reactivar esta figura en Europa. La banca norteamericana comienza a participar en el mercado y así cubre servicios requeridos por exportadores americanos.

“La iniciativa de desarrollar el factoring nace en 1960, en virtud del acuerdo de colaboración establecido entre algunos bancos americanos e ingleses, quienes fundan el *holding* suizo IFAG (Internationals Factors A.G.), con la finalidad de constituir sociedades nacionales de Factoring en Europa. (Marré, 1995, p 20).

Se debe tener en cuenta que para ese entonces Europa seguía recuperándose de las graves consecuencias que dejó la Segunda Guerra Mundial. Mientras que Estados Unidos, ya se perfilaba como la primera potencia mundial económica.

El factoraje en el siglo XX poco a poco comenzó a surgir en otros países alrededor del mundo con sus diferencias operacionales de acuerdo a su lugar geográfico y legislación. Es un contrato que aparece en el sistema jurídico del *common law*, por lo que, era indispensable que el resto de países fuera del mencionado sistema, adapten la figura al régimen jurídico de cada país, por ejemplo en el derecho codificado su tendencia estaría encaminada a la tipificación. En algunos de estos regímenes aparece como cesión de créditos, compraventa de cartera, subrogación de créditos, endoso de créditos entre otros. En fin lo que se quiere evidenciar es que en el siglo XX el factoring evoluciona en cada país de manera distinta y en ciertos casos se va creando regulación especial para el contrato factoring. Estudiar particularmente la evolución en cada régimen sería divagar mucho en el tema y desviarse del objetivo central.

Un último punto importante, en cuanto a la historia y evolución del factoring es la Convención de UNIDROIT sobre factoring internacional de 1988 celebrada en Ottawa, la cual regula a la operación del contrato entre los países signatarios. Convención de la que se hablará posteriormente con detenimiento.

Por lo que se puede determinar, que este es un contrato que se encuentra en plena evolución, tanto en la legislación interna de cada país como en la internacional. Siendo de esta manera, una característica esencial del derecho comercial, pues el factoraje estará sujeto a una constante evolución, para lo cual, el reto de los legisladores es estar preparados; previniendo y corrigiendo a su tiempo todos los imprevistos que nos puede traer un contrato de este estilo. Es una figura que se irá modificando de acuerdo al comportamiento del comercio esencialmente y a su regulación.

Este contrato en el Ecuador de alguna manera, comienza a aplicarse en los años ochenta de manera informal. Durante los años noventa se incrementaron las operaciones hasta que la crisis económica de 1999. La cual frenó abruptamente las operaciones financieras en el país. Finalmente en el año 2001 la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en su artículo 50 literal h, incluye de manera indirecta a la práctica del factoraje como una actividad permitida por una institución financiera.”... h) Negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos;” (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, 2001, art. 50, literal h). Más adelante analizaremos el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero, para completar el estudio de la evolución normativa en el país.

Finalmente, recapitulando y concluyendo se puede determinar que: el contrato de factoring es una operación que nace y se desarrolla entre los siglos XV y XX en Norteamérica; en el desarrollo de esta figura existieron tres etapas, “*el colonial factoring*”, “*old line factoring*” y “*new style factoring*”; Actualmente en algunas legislaciones se encuentra regulado; Existe una convención internacional que ampara la operación del factoraje internacional; y lamentablemente en nuestra

legislación se ha desarrollado muy poco sobre este tipo de contrato, lo que remarca la importancia de este estudio.

1.2 CONCEPTO, NOCIONES BASICAS.-

Para poder establecer en el presente estudio un concepto completo y general, será importante revisar y analizar lo que dicen algunos tratadistas de distintas escuelas jurídicas y de diversas nacionalidades con el propósito de alcanzar una concepción global del contrato de factoraje y todas sus implicaciones.

Se pudo observar anteriormente, que el factoring tiene origen anglosajón por lo tanto se podría deducir que el origen etimológico proviene del idioma inglés. Sin embargo este idioma tiene un poco de influencia del latín. Que aparentemente serían las raíces de mencionada palabra. “Al investigar cual es el significado de la palabra Factoring nos encontramos con su raíz latina “FACERE” que significa “EL QUE HACE”...” (Berrio 1984 p 9).

Equivocadamente se ha relacionado algunas veces al término con las facturas debido a que se hace transferencia de facturas en algunas ocasiones, no siendo el único instrumento que se puede transferir en estas operaciones como veremos más adelante. También se lo ha asemejado con el factor que mencionan los Códigos de Comercio que rigen en algunas legislaciones, siendo operaciones totalmente distintas, pues el factor en este caso es un mandatario de negocios de todo tipo y está subordinado a su mandante.

En cuanto al uso de términos, como se mencionó, la palabra original para este contrato es la de “factoring”, a la cual se la ha castellanizado y en diversos países se usa como “factoraje”. Para el desarrollo de este estudio se considera ambos términos como válidos para referirse a este contrato. Entendiéndose que la presente tesis se la realiza en idioma castellano. De todas maneras, no se descarta que existan otros términos en otros idiomas que hagan referencia a este contrato.

Considerando ciertas nociones básicas acerca de este contrato, previamente se han mencionado palabras u oraciones que vinculan y dan una idea de lo que se trata el contrato de factoring. Por esto se piensa que es importante tener una noción amplia del factoraje puesto que en algunas legislaciones y en ciertos libros se puede encontrar términos o conceptos que no son del todo precisos en relación a la figura pero que pueden ser malinterpretados e incluso mal utilizados.

En ciertas normas no se va a encontrar el término de factoring como tal, sino como una cesión de créditos, subrogación de créditos, compraventa de deudas, entre otros. Por lo tanto la noción que se puede tener hasta el momento es que se trata de un contrato de financiamiento en donde se ceden, endosan, subrogan créditos a un tercero y este, a cambio, anticipe los valores de dichos créditos. Lo que arroja preliminarmente un concepto muy elemental del contrato de factoraje.

El compromiso de este estudio obedece construir un concepto mucho más global del que nos puede dar una simple noción. A continuación se analizará algunos conceptos sobre el contrato de factoring:

“Es la adquisición por una sociedad de “factoring”, de la totalidad o una parte específica de los créditos provenientes de ventas de empresas industriales o comerciales a cargo de sus compradores, asumiendo el riesgo del no pago, prestando una serie adicional de servicios administrativos o contables y en ocasiones otorgando anticipos sobre los mismos créditos.” (Mulford 1980 p 8).

El cual es un concepto muy completo pero se piensa que Mulford se equivoca en generalizar que se asume el riesgo de no pago, ya que se puede pactar que el factor no asuma ese riesgo. Adicionalmente, no se habla de la comisión que recibiría el factor.

“El contrato de factoring consiste en que una persona (factor) adquiere los documentos de crédito que realiza una empresa la que se convierte en su cliente” (Ramírez, 2008 p 410). Este concepto es muy general e incompleto, ya que no describe que tipo de servicios prestaría a cambio el factor y tampoco

habla de la contraprestación que recibe el factor. Este es un concepto que se asemeja más a una compraventa de una deuda.

“En su desarrollo más evolucionado, podemos decir que el factoring es una operación que consiste en la prestación de una serie de servicios del banco o entidad financiera o una empresa especializada, a un cliente, vinculados con la atención financiera, administrativa y contable de su cartera de créditos, por un precio previamente estipulado por un tiempo más o menos prolongado.” (Villegas, 2005 p 682).

En este concepto se generaliza el término de “atención financiera”. Se debería especificar qué se transfieren créditos a cambio de un financiamiento, ya que la atención financiera se puede entender en una diversidad de formas. De la misma manera al decir “por un tiempo más o menos prolongado” se puede entender que es un financiamiento a largo plazo siendo por naturaleza, el factoring, un financiamiento a corto plazo.

“En esta dirección, se le ha definido como aquel contrato “en cuya virtud el cliente cederá todos sus créditos al factor a cambio de una remuneración porcentual sobre el importe de los créditos y este prestara los servicios de investigación, control y cobro de los créditos, asumiendo, en determinadas condiciones el riesgo de la insolvencia de los deudores, pudiendo a petición del cliente efectuar anticipo sobre el importe de los créditos cedidos, a cambio de un interés.”” (Marre, 1995, p 8).

Esta definición se equivoca al mencionar que el cliente cede todos sus créditos al factor, porque existe la posibilidad que también se ceda un porcentaje de esos créditos.

En base al análisis que antecede se define que el factoring es un contrato mercantil-financiero por el cual el factorado cede acreencias al factor a través de documentos de crédito, a cambio que este entregue como financiamiento ciertos valores efectivos al factorado antes del vencimiento de dichas acreencias. Además, de manera complementaria el factor prestará servicios de cobranza, asesoría financiera, administrativa, contable y otros que puedan ser pactados

como la asunción del riesgo. Por el financiamiento y servicios complementarios el factor recibirá una especie de comisión que podrá ser cobrada a discreción de las partes.

1.3 NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERES DEL CONTRATO.-

1.3.1.- Naturaleza Jurídica:

Sobre la naturaleza jurídica de este contrato existe mucha controversia, pues entre algunos autores hay discrepancias sobre su naturaleza. En este tema se señalan algunas teorías.

Por un lado se manifiesta que es un contrato de financiamiento. Lo cual no se puede negar por la razón que el factorado realiza esta operación en la mayoría de casos por falta de liquidez. Por lo que, con dicho financiamiento el factorado puede satisfacer sus necesidades financieras. Además, que existe un prestamista y un interés de por medio, por lo que a breves rasgos se podría pensar que estamos hablando de un contrato de financiamiento.

Por otro lado también se lo encasilla como un contrato de colaboración mercantil, por el hecho que existe una comisión inmersa en la transacción. Lo cual es una declaración válida hasta cierto punto. Al contrario de la teoría del financiamiento, donde el fin son los intereses, la comisión sería el fin del factor. De todas maneras, clasificarlo como un contrato de colaboración mercantil no soporta el concepto global de factoraje, por ejemplo en materia comercial el comisionista no asume la insolvencia, es decir no trabaja a pérdida, mientras que el factor si puede jugar ese papel.

Dejando a un lado estas teorías y otras que puedan existir acerca de la naturaleza jurídica de este contrato, en el presente estudio se ha determinado que su naturaleza jurídica es sui generis. Porque se ha visto que aparte del servicio de financiamiento este contrato tiene servicios complementarios de otra naturaleza por lo cual no la podríamos delimitar exclusivamente dentro de alguna

de estas teorías que pueden estar en el campo financiero como mercantil. Teniendo así una naturaleza única.

1.3.2.- Caracteres:

Como caracteres de este contrato se pueden determinar los siguientes:

Principal: Es principal porque por lo general no depende de la existencia de otros contratos para su existencia. Sin embargo depende de la existencia de un crédito el cual puede estar instrumentado en un contrato, pero por naturaleza es principal ya que no es indispensable la existencia de otro contrato para que este subsista.

Bilateral: Es un contrato que se celebra entre dos partes, el factor y el factorado. Muchas veces existe duda si los deudores de los créditos cedidos participan en este contrato. Pero los deudores no contraen ningún tipo de obligación. Solo en ciertas legislaciones se exige que se los notifique, pero eso no les hace parte contractual.

Consensual: Si bien es habitual que este contrato se lo haga siempre por escrito, las legislaciones no establecen formalidades. Pues nació como consensual y no se lo prohíbe hacerlo.

Oneroso: Es un contrato que trae beneficios económicos a las dos partes. Por un lado el factorado puede recibir los valores anticipadamente dándole liquidez y por otro, el factor recibe su comisión e interés. En el caso que el factor asuma la insolvencia del deudor y este no pague, se podría decir que deja de ser oneroso para el factor, pero el fin es sacar provecho con cierto riesgo.

De tracto sucesivo: Puesto que persiste en el tiempo y en lapso que duren los instrumentos de crédito.

Atípico, nominado: Según la legislación ecuatoriana, se trata de un contrato nominado pero eso no quiere decir que este tipificado, ya que para que lo este

se requiere algún tipo de regulación que cubra al menos sus características básicas.

“La regulación del contrato típico supone, a mi entender, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, a los efectos que el contrato produce entre las partes... Algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley, son los llamados contratos nominados.” (Arce, 2002, p 111-112).

Un contrato por estar nominado no quiere decir que este tipificado. Las palabras “típico” y “nominado” no son sinónimos como muchas veces puede ser malinterpretado.

En la Ley General del Sistema Financiero del Ecuador se entendía a este contrato como una operación permitida por una entidad financiera. De igual manera pasa con el actual Código Orgánico Monetario y Financiero: se lo podría catalogar como un contrato típico pero el hecho que lo regule superficialmente y no lo que comprende un complejo contrato de esta naturaleza lo convierte en un contrato atípico, pero nominado. En algunas legislaciones es totalmente atípico y en otras se encuentra completamente tipificado. La falta de regulación y control del factoraje en el país, ha dado paso que la autonomía de las partes decidan sobre los efectos del contrato y existan ciertas arbitrariedades.

De Adhesión: Para algunas legislaciones se ha convertido en un contrato de adhesión puesto que en algunos países los factores son solo Instituciones Financieras, las cuales generalmente tienen formatos preestablecidos de los contratos que contienen cláusulas no negociables. Pero hay en países donde empresas especializadas o incluso personas naturales juegan el papel de factor, y en esos casos existe una mayor autonomía de la voluntad de las partes para negociar las cláusulas del contrato. Por lo tanto no se lo podría denominar como un contrato de adhesión. Se piensa que la norma debería obligar a que se respete la autonomía de la voluntad de las partes y abolir contratos donde solo se expresa la voluntad de una de las partes.

1.4.- MODALIDADES DEL CONTRATO DE FACTORING.-

Existen algunas modalidades que los autores han clasificados según varios aspectos, en razón, a la forma de ejecución, territorio, la manera de financiación, la asunción del riesgo, tipo de operación entre otros.

1.4.1.- Según la forma de ejecución:

La división más común es por la forma de ejecución en donde se encuentra al factorinig con notificación y el sin notificación. El factoring con notificación consiste en que el factorado notifica o da aviso a sus deudores que se efectuó la cesión de dicha deuda a un factor. Por lo tanto estos sabrán a quien cancelar los valores adeudados. Generalmente en estos títulos que se ceden, los cuales representan la deuda, contienen cláusulas en las que se estipula que la deuda deberá ser pagada a su acreedor a menos que este lo notifique de hacerlo a otra persona.

Mientras que el factoring sin notificación, que como su nombre bien lo indica, el factorado no notifica a los deudores la cesión de créditos. Por lo que el deudor cancela en los tiempos estipulados a su acreedor cumpliendo su obligación, sin interesarle si esa cartera fue vendida o endosada a un tercero o no. El factorado por su parte tendrá la obligación de restituir esos valores al factor. Este tipo de operación permite mantener en reserva transacciones que a las partes, por estrategia comercial o por cualquier otro motivo no pretenden divulgarlas. Así como también agiliza la operación.

Hay legislaciones que obligan a que se notifique a los terceros esta transferencia de créditos y hay otras que no lo prevén o simplemente dejan a consideración de las partes. En el Ecuador, por ejemplo se admiten las dos modalidades, pues dependerá de los títulos que se estén cediendo.

Por un lado el Código Civil en su artículo 1842 dice “La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por este” (Código Civil, 2005, Art. 1842). Lo que indica que es indispensable la notificación. Más adelante en los artículos

siguientes aclara que estarán exentos de este tratamiento los títulos que los rija el Código de Comercio.

De igual manera, el mismo Código Civil dice en su artículo 1842:

“...Cuando se deba ceder y traspasar derechos o créditos para efecto de desarrollar procesos de titularización realizados al amparo de la Ley de Mercado de Valores, cualquiera sea la naturaleza de aquellos, no se requerirá notificación alguna al deudor u obligado de tales derechos o créditos.” (Código Civil, 2005, Art. 1844).

Por lo que se deduce que en este régimen en ciertos casos se requiere notificación y otros se prescinde de tal notificación. De todas maneras la tendencia es que cada vez más se procure notificar con el fin de transparentar las operaciones. Pero por otro lado se toma en cuenta que en el mercado bursátil se puede negociar el mismo título más de cinco veces en minutos, por lo que la notificación en este tipo de operaciones le quita agilidad.

1.4.2.- Según el territorio:

Según el territorio existe el factoring doméstico y el internacional. Básicamente en el doméstico las partes se encuentran en el mismo país por lo que la operación se realiza en un solo régimen. Mientras que el factoring internacional las partes se encuentran en distintos países por consecuente en distintas legislaciones por lo cual se deberá observar las normas relativas al factoraje de los países involucrados y convenios internacionales. Dentro del factoring internacional existe una subclasificación, que son el de exportación y el de importación. Por la complejidad del factoring internacional más adelante se profundizará detenidamente estos conceptos.

1.4.3.- Según el financiamiento:

Otra modalidad es según el tipo de financiamiento. Puede hacerse al vencimiento o la vista.

Si una empresa especializada de factoring tiene desconfianza en su cliente o en los deudores de este, no va a pretender financiar inicialmente el 100% de la deuda, sino que lo puede hacer en cuotas como una garantía de pago, desembolso que se lo podrá hacer durante la operación o al vencimiento de dicha deuda. Precisamente este es un ejemplo de la modalidad al vencimiento, en donde el factor paga al factorado los créditos en la fecha en que estos créditos se han vencido, o en cuotas siendo la última pagada al vencimiento.

Esta operación es beneficiosa para el factor quien de alguna manera se garantiza cualquier eventualidad que pueda suceder en plena ejecución del contrato, ya que el factorado no recibe el anticipo de sus facturas una vez entregadas, si no al final de la operación. [“...el cliente o sociedad adherente no recibe propiamente un adelanto sino la seguridad que al vencimiento de los créditos su monto será abonado.” (Rodríguez, 1990 p666)]. Siendo más explícitos, este sería el único caso donde existe un factoring sin financiamiento o un financiamiento parcial. De igual manera la asunción del riesgo de insolvencia será proporcional al monto abonado.

Por otro lado cuando el financiamiento es a la vista el factor al momento de haber obtenido a cambio los títulos de crédito paga la cantidad de estos títulos descontado la comisión o remuneración e intereses de ser el caso, esta tipo de operación también se la conoce como el “*credit cash factoring*” en donde el factor se obliga a anticipar gran parte de la deuda.

1.4.4.- Según la asunción del riesgo:

Hay factores que asumen el riesgo de la insolvencia de los deudores que se le denomina “factoring sin recurso”, mientras que en otros casos los factores prefieren no asumir ese riesgo, con la condición que se tomen todas las precauciones necesarias, las cuales garanticen el cobro de la deuda. Esta modalidad se denomina factoring con recursos.

El Factoring sin recurso, es una operación en la cual el factor se compromete a asumir la insolvencia de no pago del deudor. El factor no solicita ningún tipo de

garantía por la cesión de créditos. Al ser una operación de alto riesgo para el factor, la comisión es más costosa.

El factoring con recurso, supone que el factor de ninguna manera asumiría una eventual insolvencia del deudor. Utilizan todos los mecanismos suficientes, que impidan esta asunción y que le permitan recuperar el dinero prestado, de esta manera se hace más fácil no perder el financiamiento otorgado a través de la instrumentalización de garantías de diversos tipos.

Por ejemplo, las instituciones financieras, al momento de realizar una compraventa de cartera, la adquieren según la calificación que va relacionada con el riesgo de cobro. Las Instituciones Financieras prefieren adquirir carteras que estén con buena calificación.

Los factores también utilizan garantías dentro del mismo contrato como la cláusula de “Buen fin” “.... Es decir, sujetas a su efectivo cobro. Y si en tal caso el factor hiciera anticipos, es común pactar que el “cliente” deberá hacerse cargo de los créditos impagos o reemplazarlos por otros a satisfacción del factor.” (Villegas, 2005 p691).

En buen romance castellano, esta cláusula es un tipo de garantía que permite que los factores reemplacen los títulos de créditos impagos por otros del mismo valor o en su defecto, que los factorados asuman esta la insolvencia de sus deudores. Otros tipos de garantías serían la suscripción del factorado de títulos valores o pólizas a favor del factor. En definitiva el factoring con recurso permite a el factor, realiza financiamiento pero con una garantía de por medio, lo cual reduce los riesgos de perdida para el factor y para el factorado. En este caso los costos de comisión se reducen.

1.4.5.- Según el tipo de operación:

Puede ser de dos maneras, la primera en la que se realice la transacción de manera física, es decir los títulos de crédito se transmiten en papeles, la cual es la forma tradicional de realizar factoring.

La segunda manera es el denominado factoring electrónico o “*e-factoring*” que a diferencia del tradicional, no existen papeles físicos, sino que toda la transacción se hace vía electrónica. Este tipo de factoring surge gracias a la desmaterialización de los títulos de crédito, entre ellos la factura electrónica que ha entrado a operar en diversos países, entre ellos el nuestro. Además de los medios de pagos electrónicos. Sin duda esta operación es de vanguardia y se va ir masificando a medida que pase el tiempo. El uso de medios electrónicos para este tipo de operaciones reduce los tiempos de operación y en ciertos casos genera confianza entre las partes.

1.5. DESCRIPCION DE LA OPERACIÓN DEL CONTRATO DE FACTORAJE.-

Para el desarrollo del presente estudio es fundamental entender cómo funciona y opera por lo general este contrato. Arrancamos indicando que el contrato se celebra entre el factor y el factorado. Este contrato tiene tres fases (etapas) y ciertas posibilidades y probabilidades dentro de cada etapa.

El primer momento es la celebración del contrato, en donde estipulan todas las obligaciones que las partes se comprometen a realizar así como también las condiciones y reglas a seguir (precio, formas de pago, plazo, servicios complementarios, títulos transferidos, formas de terminación, etc.).

En la segunda etapa o fase de ejecución, el factorado entrega los títulos valor o documentos de respaldo al factor. Mientras el factor puede entregar según se haya acordado, el total de los valores descontado la comisión e intereses o un porcentaje como anticipo. De igual manera el factorado, entrega al factor las garantías que se hayan acordado. Durante esta etapa, el factor puede hacer otros desembolsos de los porcentajes de valores en cuotas que el factorado deba recibir, el cual va a depender de los plazos que se hayan estipulado en el contrato.

Además comienzan a funcionar los servicios complementarios. Por ejemplo, si el factor iba estar encargado de la cobranza estaría en esta fase cumpliendo con

esa labor. El factor también puede dar la asesoría adecuada en la colocación de los valores que entregó al factorado, para que estos sean aprovechados de mejor manera. Si así se habría pactado, el factor también podría realizar la administración de la deuda realizando una contabilidad progresiva del estado de la misma. Aparte, un servicios administrativos como por ejemplo, que el factor comience a llevar la contabilidad de la cuentas por cobrar que tenga la empresa. Entre otros muchos servicios que pueden comenzar a operar, como el cobro de créditos, estudio de mercados, el confirming, entre otros.

El tercero y último momento, es la terminación del contrato con el vencimiento del plazo. Aquí podrían suceder algunas situaciones. Si el factor asumió la insolvencia de las deudas del factorado, y estas no fueren canceladas, el factor pierde esos valores por lo que podría solicitar su restitución judicial o extrajudicial al deudor. Si el factor no asumió la insolvencia, podría solicitar al factorado la restitución de sus valores o el reemplazo de los títulos del mismo valor. Su terminación de igual modo supone el fin de los servicios complementarios.

Aparte, se cancelarán los valores pendientes al factorado. En caso que el factorado se haya encargado de la cobranza, deberá restituir estos valores al factor. Se podría renovar la operación, como por ejemplo si el factorado renovó alguna operación con su cliente, es decir renovó una deuda, este podría solicitar al factor una renovación del contrato de factoring sobre los mismos instrumentos. La novación de este contrato implicaría la terminación de la primera obligación y el nacimiento de una nueva.

1.6. TÍTULOS DE CRÉDITO QUE PARTICIPAN EN EL CONTRATO DE FACTORING Y SU OPERATIVIDAD.-

Como se mencionó anteriormente en el factoraje se cede, subroga, o se transfiere una deuda, la cual está instrumentada en títulos de crédito. Estos títulos tienen sus características particulares de acuerdo a la legislación de cada país. En todo caso, en un contrato de factoraje se puede negociar de manera general cualquier título valor que la legislación de cada país así lo permita.

Si bien una cartera de crédito no es un título valor, sino un paquete que está compuesto por títulos valores generalmente a más de otras obligaciones crediticias, se incorpora al presente análisis ya que es muy usual, al menos en el Ecuador, que se realicen compraventas de carteras. En muchos casos, en realidad son contratos de factoring ya que existen servicios complementarios como la administración de la cartera y otros posteriores al pago y entrega de la cosa. El pago y la entrega suponen una simple compraventa.

Específicamente una cartera puede estar compuesta de los siguientes documentos: Facturas comerciales negociables; Letras de cambio; Pagarés; cheques; Cédulas hipotecarias; Certificados de depósito; Certificado de ahorros; Certificado de inversión; Contratos de mutuo; Hipotecas; libranza; Pólizas de acumulación; cartas de crédito; Bonos de garantía; Bonos del estado; entre otros.

Todo el paquete crediticio en un contrato de factoraje puede ser transferido al factor según lo establecido en el mismo contrato para cada documento. Ejemplificando, un poco, los pagarés se endosarían, algunos títulos se cederían y así cada documento sería transferido de acuerdo a su forma particular para su perfeccionamiento. Una vez entregados estos títulos, el factor entregaría los valores y en ese momento se podría determinar a la parte que haría la gestión de cobranza, así como los servicios complementarios que sean acordados.

Por lo expuesto, la cartera de crédito ayudó mucho a entender que en un contrato de factoraje se pueden ceder, endosar y transferir los título de crédito que estipulen las partes y que la Ley así lo permita. Desestimando de esta manera a la creencia que en un contrato de factoring solo se transfieren facturas o determinado título de crédito.

A continuación analizaremos detenidamente algunos de los títulos valor que serán más comunes encontrar en este tipo de contratos desde un enfoque de la legislación ecuatoriana.

Factura Comercial Negociable:

A través de su introducción en el año 2008 de este título valor, en el Código de Comercio ecuatoriano, precisamente en el artículo 201 que habla sobre las facturas, se lo ha visto como el título ideal para que operen los contratos de factoring. Sin duda con la factura comercial negociable se puede instrumentar fácilmente una deuda. Pero antes de que se emitan juicios de valor se revisará lo que dice la normativa sobre la Factura Comercial Negociable.

Inicialmente, es claro que la factura común es un documento comprobatorio de una compraventa de un bien o de la ejecución del servicio donde las partes inmersas se quedan con una copia cada una de dicha factura la misma que debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de Facturas vigente. Finalmente dicha factura servirá para hacer las declaraciones de impuestos que así se requieran y hacer valer los derechos que dicho documento otorgue.

La factura ordinaria se convierte en un título de crédito, cuando se demuestra la existencia de una deuda, es decir una factura no cancelada. Las facturas fueron y son instrumentos utilizados para hacer operaciones de factoraje, el problema es que carece de seguridad de cobro, ya que el portador de la misma no puede exigir el cobro al deudor por vía ejecutiva sino solo por vía ordinaria. Problema que se ha presentado especialmente en el Ecuador. Precisamente porque las facturas no son títulos ejecutivos.

La factura comercial negociable tiene carácter de título valor y ejecutivo. Está regulada en la “Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera” y en el Código de Comercio, que lo define de la siguiente manera:

“Las facturas comerciales que tengan una orden incondicional de pago, cuya aceptación sea suscrita por el comprador de bienes o su delegado, con la declaración expresa que los ha recibido a su entera satisfacción, se denominarán “facturas comerciales negociables” y tendrán la naturaleza y el carácter de título valor, en concordancia con lo establecido en los artículos 2 y 233 de la Ley de Mercado de Valores. Les serán

aplicables las disposiciones relativas al pagaré a la orden, en cuanto no sean incompatibles a su naturaleza” (Código de Comercio, 2008, art, 201).

Las facturas comerciales negociables están compuestas por tres ejemplares los cuales son: el original que es no negociable, el cual se entrega al comprador o adquiriente del servicio y las otras dos facturas que se queda el vendedor de las cuales la primera copia es negociable.

La operatividad de la factura comercial negociable, en un contrato de factoraje funcionaría de la siguiente manera: Por ejemplo existe un proveedor X de papel a distintas papelerías. Las papelerías no le pagan contra entrega del producto sino una vez vendido al menos el 50% del producto. Para lo cual el proveedor X con el fin de garantizarse el pago de estos deudores, les entrega los originales de las facturas comerciales negociables en vez de una factura común. Entregados los originales el proveedor X, en calidad de factorado, en caso de falta de liquidez acude a un factor, para celebrar un contrato de factoring, por lo cual endosa las primeras copias de dichas facturas comerciales negociables al factor a cambio que este entregue los valores en efectivo ya descontado los costos por el servicio de mencionada operación. Estas facturas, el factor, las puede seguir endosando incluso en el mercado de valores pero, esa operación posterior no le interesa al presente contrato en estudio. Al final, en un plazo corto sus deudores ya habiendo vendido el producto pagan al proveedor y este a su vez devuelve al factor el dinero prestado.

Es preciso, aclarar que en el Ecuador, solo se pueden negociar facturas comerciales negociables que justifiquen la venta de bienes, mas no de servicios. Es decir si se realiza un contrato de factoring con facturas comerciales negociables, habrá que observar que estas se hayan emitido sobre la venta de bienes. Así lo ratifica la siguiente circular: “3. La Factura Comercial Negociable acredita la transferencia de un bien o la prestación de un servicio. Sin embargo, a efectos de negociación de estos documentos, únicamente serán válidas aquellas facturas que acrediten transferencia de bienes.” (Circular No. NAC-DGECCGC13-00002, 2013). Sin embargo en la práctica si se negocia

facturas comerciales que justifican la ejecución de servicios. Por lo que la presente disposición no se estaría cumpliendo.

Por lo tanto se puede evidenciar que las facturas comerciales negociables permiten que el contrato de factoring fluya con mucha naturalidad. Eso sí, en la práctica es más complicado de lo que parece, pues al ser el SRI el único autorizado para que se puedan emitir este tipo de facturas, burocratiza estos procedimientos dando poca facilidades para que los usuarios realicen esta operación, si comparamos con otros títulos en donde las partes los emiten sin previa autorización. En cuanto a los Impuestos IVA y renta, que impliquen la emisión de la factura comercial, tendrán los mismos tratamientos que una factura común.

La letra de cambio y el pagaré:

Aunque son títulos valores que guardan sus diferencias bien marcadas en un contrato de factoraje la operatividad funciona exactamente igual. Por lo que se decidió agruparlas en el mismo orden, además de ser los títulos valores más comunes en el país.

Por lo general ocurre que muchas empresas con el propósito de garantizar una deuda, la instrumentan en un pagare o letra de cambio, por plazos que pueden durar meses o años. Esto con el propósito de seguir creciendo e invirtiendo en la misma empresa y guardar buenas relaciones comerciales. Estas empresas pueden hacer un buen uso de sus acreencias. Uno de ellos sería la celebración de un contrato de factoraje con un factor, con el fin de obtener liquidez, para lo cual tendrían que endosar las letras de cambio o los pagarés que representan los instrumentos de una deuda.

Como la operación se hace vía endoso no se requiere notificación al deudor. Pero si se habla de una letra de cambio o pagaré “no a la orden” la transferencia se tendría que efectuar mediante cesión, (Código de Comercio, 2008, art 419) lo que si implicaría que se notifique al deudor de manera ordinaria, por mandato de la ley civil, tal cual se estableció paginas atrás.

El cheque:

Como lo ratifica el flamante Código Orgánico Monetario y Financiero ecuatoriano, el cheque es un medio de pago, (Código Orgánico Monetario y Financiero 2014, art 469) pero a la vez para efectos de este estudio es un título valor también conforme la siguiente definición de título valor: “es un documento que presume la existencia de una obligación de carácter patrimonial, literal y autónoma, y el cual es necesario para que pueda exigirse o efectuarse válidamente por el deudor el pago de la prestación en que consiste aquella” (Vicente y Gella, 1986, p131), como se puede ver, el cheque efectivamente es un documento que contiene una obligación patrimonial literal y autónoma.

Para la operación del factoring de igual manera a lo manifestado con el pagaré y letra de cambio, se transfiere mediante endoso, por lo que perfectamente también se podría celebrar un contrato de factoring entre factor y factorado. El problema del cheque, al menos en el Ecuador y en otras naciones, es que se endosa por una única vez, lo cual se convierte en un título valor no muy apetecido por los factores.

1.7. EL CONTRATO DE FACTORING VS CONTRATOS FINANCIEROS Y MERCANTILES AFINES.-

Se ha podido ver en este mismo capítulo, que el contrato de factoraje tiene algunas similitudes con ciertos contratos afines, lo cual muchas veces puede confundirse con otras figuras. Para lo cual es indispensable que la presente tesis remarque sus pequeñas diferencia para una fácil identificación.

1.7.1.- Contrato de descuento:

El contrato de descuento, tiene varias similitudes al factoring ya que en ambos existe financiamiento a corto plazo por la entrega de un título valor. Una definición muy acertada para este contrato es la siguiente:

“... consiste...en la entrega de una suma de dinero por parte del banco a su cliente, mediante la transferencia como contraprestación de un crédito no vencido a cargo de un tercero. El monto de la entrega realizada por el banco está determinando por el valor del crédito transferido menos el interés equivalente al plazo pendiente entre la fecha del descuento y la del vencimiento del título.” (Rodríguez, 1990, p637).

Lo cual, en primera instancia apreciamos muchas semejanzas con el factoraje. Sin perjuicio de lo mencionado, existen diferencias que se exponen a continuación:

La naturaleza jurídica del factoring como se menciona inicialmente del presente estudio, es sui generis. Mientras que el contrato de descuento es un contrato de financiamiento, como bien trae a colación Douglas Berrio, que dice “El descuento es un contrato de crédito.” (Berrio, 1984, p66). Pues el único propósito es el financiamiento no incluyen otros servicios.

En el contrato de descuento el prestamista debe ser una Institución financiera, mientras que en diversas legislaciones, en el contrato de factoring, se prescinde de una Institución Financiera, pues los factores pueden ser empresas especializadas en el negocio de factoring e incluso personas naturales.

En el contrato de descuento a la persona que el banco le hace el financiamiento, no deja de tener tal condición de deudor hacia el banco, mientras que en el factoring el factorado puede perder tal calidad, en cuanto el factor es el encargado de la cobranza de la cuenta por cobrar del factorado y el único deudor sería su cliente, así mismo pierde la condición de acreedor frente a su cliente. En otras palabras el factorado notifica a su deudor que su nuevo acreedor es el factor, por lo cual lo desvincula de dicha deuda, estando únicamente relacionados su cliente como deudor y el factor como acreedor.

Finalmente en el contrato de descuento no existen los servicios complementarios que ofrece el factoraje como el de contabilidad, depósito, asesoría, administración, etc.

A lo que se debe estar muy atento, es que dentro de un contrato de factoring podría operar uno de descuento. Haciéndolo más explícito, el banco recibe los títulos valor del cliente y le entrega los recursos realizando el descuento de los intereses y honorarios. Aparte se pacta la realización de servicios complementarios de cobranza y asesoría. Lo que resulta evidentemente un contrato de factoring operando y silenciosamente un contrato de descuento al inicio.

1.7.2.- Contrato de mutuo:

El Código Civil ecuatoriano define al contrato de mutuo de la siguiente manera: “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”(Código Civil, 2006, art 2099). En otras palabras, como ejemplo, si el prestamista entrega dinero el deudor está encargado de devolver dinero. En un contrato de mutuo el prestamista o acreedor, usualmente solicita una garantía a cambio de la entrega de la cantidad fungible. Esta garantía puede ser un título valor lo que asemejaría un poco de esa manera al factoring, pues hay financiamiento anticipado al vencimiento del título. Pero como se revisó anteriormente el contrato de factoring, fuera del financiamiento existen servicios complementarios diversos. Por otro lado los métodos de garantía de un contrato de mutuo son totalmente diferentes, ya que un mutuo puede estar respaldado con una prenda o hipoteca incluso.

Otra diferencia, entre el factoring y mutuo, es que el deudor está obligado a restituir un bien fungible igual al prestado, mientras que en el contrato de factoring no existe tal obligación manifiesta.

1.7.3.- Contrato de Distribución:

Se pudo apreciar, inicialmente en la historia del factoring, que el contrato de factoring se confundía con la distribución, ya que muchas veces el cliente encomendaba como función adicional la distribución del producto al factor en el territorio Americano. Por lo que en un comienzo puede haber existido mucha similitud entre estos contratos. Pero evidentemente en el desarrollo del factoraje

se fue consolidando una gama de servicios que se comenzó a ofrecer en factoring aparte de la distribución como el servicio de cobranza, la asesoría, el financiamiento entre otros. Por lo que actualmente no da lugar a confusión estas figuras, a pesar que todavía se puede pactar como servicio complementario a la distribución.

1.7.4.- Contrato de Compraventa de cartera:

Previamente se señaló, que algunas veces, equivocadamente se usa esta denominación a un contrato de factoring. Sin embargo, sí puede existir la simple compraventa de cartera que operaría de la siguiente manera: El vendedor de la cartera entrega la cartera al comprador a cambio del justo precio pagado por la misma. Acabándose de esta manera la relación entre comprador y vendedor a no ser que existan vicios o situaciones que revivan esta relación.

Dicho de otra manera, una compraventa por lo general es un contrato de tracto único. Mientras que el factoring es un contrato que tiene un plazo, en donde existen prestaciones pendientes a las que las partes tienen derecho a exigir su cumplimiento, además de los servicios complementarios. Se puede pactar en una compraventa obligaciones posteriores al pago y entrega de la cosa también, las mismas que se las hacen en un contrato de factoraje, pero ese mismo hecho desnaturalizaría a la compraventa convirtiéndolo en un contrato de factoring u otro tipo de contrato.

1.7.5.- El factor:

Si bien es cierto, esta figura no se muestra como un contrato propiamente estructurado, es una especie de mandato. La denominación de este cargo ha causado confusiones con el contrato de factoring. Sencillamente porque una de las partes en el factoring se lo llama “factor”. Según el Código de Comercio el factor es “...el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño.” (Código de Comercio, 2008, art 117).

Mientras que en el factoring el factor es una persona independiente. Puede ser persona jurídica como natural, que puede cumplir funciones que un gerente o administrador no lo haría. Tampoco existe un mandato sino un acuerdo de prestaciones y obligaciones mutuas.

1.7.6.- Contrato de Cesión de derechos:

La cesión de derechos también tiene diferencias irreconciliables con el factoraje. Poniendo un escenario similar en el cual se realicen cesiones de créditos, es decir un acreedor ceda sus deudas a un tercero, lo que suena muy familiar. Pero la normativa sobre cesión de derechos establecidas en el Código Civil y de Comercio, aclara cualquier confusión que se pueda generar.

Se puede deducir como primera diferencia, que en la cesión de derechos no existen servicios complementarios, que si los ofrece el factoring. La cesión de derechos puede ser gratuita u onerosa mientras que el factoring siempre persigue fines económicos. Otra diferencia la señala Ghersi "...la cesión de derechos es un contrato de ejecución instantánea, mientras que el factoring es de tracto sucesivo". (Ghersi, 2006, p 232).

En cuanto a las formalidades en el factoraje no se requieren solemnidades, en cambio, en la cesión de derechos ordinaria, si bien la norma expresamente no lo dispone, pero se sobrentiende que debe hacer constar por escrito, ya que se exige la notificación al deudor y la entrega del título donde se requiere la firma del cedente según el art 1843 del Código Civil (Código Civil, 2006, art 1843). Por lo tanto no estamos hablando de operaciones similares.

1.7.6. Confirming.-

El Confirming también conocido por algunos como "factoring inverso" consiste en que "... el cliente pide al banco que le "confirme" que pagará a sus proveedores, cuya nómina le proporciona; y el banco, a cambio de una retribución, toma a su cargo efectuar esos pagos a los acreedores de su "cliente". (Villegas, 2005 p 706).

Básicamente el confirming es una gestión de pagos a los proveedores del cliente. A diferencia del factoring que comprende de varios servicios, el confirming es un servicio específico de pago a proveedores, en otras palabras el factoring es un contrato mucho más complejo que ofrece una gama de servicios adicionales. Es decir dentro de un contrato de factoring se puede dar un servicio de confirming, pero dentro de un confirming no puede haber factoring. Por ejemplo, en un contrato de factoring el factorado vende la factura al factor y en vez de recibir directamente el anticipo, solicita al factor que gestione los pagos a sus proveedores, es decir un confirming. Mientras el factoring se centra más en la gestión de cobro, el confirming en la gestión de pago.

Se puede encontrar algunas similitudes con muchos otros contratos como el de depósito, agencia o reporto, pero no es necesario hablar de ellos puesto que pesa más las diferencias. Con lo que se culmina este comparativo al igual que el presente capítulo en donde se pudo establecer claras bases sobre el contrato de factoring, en cuanto a su historia, desarrollo, concepto, naturaleza jurídica, características, modalidades, y su operación. Estas bases serán fuente esencial para el resto de capítulos y los cimientos de una construcción de conocimiento sobre este contrato. De esta manera se podrá desarrollar el siguiente capítulo desde el punto de vista internacional en cuanto al factoring.

CAPÍTULO II: EL FACTORAJE EN EL AMBITO INTERNACIONAL

2.1. EL FACTORING INTERNACIONAL.-

En el capítulo anterior se pudo ver que el factoring nació de operaciones mercantiles entre Estados Unidos e Inglaterra. En aquellas épocas el derecho en cada país no había evolucionado significativamente como lo está en estos días, no se diga en el derecho internacional. En estos términos, el contrato factoring a su nacimiento no tuvo impedimentos ni dificultades para su pleno desarrollo, pues se atendía a lo pactado por la voluntad de las partes. Hoy en día la celebración de este tipo de contratos es complejo debido a su tipificación en ciertos estados, a las brechas que existe entre distintas legislaciones y al continuo perfeccionamiento y complejidad del derecho internacional.

Se puede entender al factoring internacional, como la misma operación definida y estructurada en el anterior capítulo, pero con la diferencia que en este tipo de factoring se lo hace con sujetos que no están en el mismo territorio, o si lo están, consisten en deudas generadas en otro país e implicaciones extraterritoriales.

En todo caso será importante que las partes en el contrato de factoraje determinen la legislación aplicable y la jurisdicción competente. En la cual se deberá observar las disposiciones comunes para el derecho internacional privado, así como tratados internacionales.

Existen dos modalidades en el contrato factoring internacional que son el factoring de exportación y el de importación que los profundizaremos enseguida.

2.1.1.- Factoring de exportación:

Dentro de esta modalidad de factoring de exportación también existen algunas formas en las cuales se puede realizar esta operación. Una de ellas consiste en que un exportador de cierto tipo de producto acuda a una institución financiera local, con el propósito de entregar instrumentos de deuda de sus clientes importadores de países del extranjero y de esta manera realizar factoraje. En

otras palabras el exportador en calidad de factorado realiza ventas a crédito. En estos casos el factor puede tomar medidas preventivas como la contratación de un seguro de crédito del país donde se encuentra el importador. De igual manera, si el factorado está dispuesto a asumir el costo del seguro de crédito podría contratarlo como una garantía de su parte para con el factor. Esto ocurre cuando el factor no asume la insolvencia. Este seguro da tranquilidad tanto al factor como factorado ya que si se suscita un imprevisto en el transcurso de ejecución del contrato de factoring existe un seguro que cubra la insolvencia del deudor. Lo cual le da confianza al factor para que pueda realizar el financiamiento a su cliente.

Otra manera es que el exportador en vez de recibir directamente los instrumentos de crédito del importador, los reciba un factor de confianza que resida en el país de los importadores y se encargue a este factor ciertas gestiones como por ejemplo la cobranza y custodia de títulos. Por lo que quedaría en manos del factor inicial el financiamiento y la recuperación de la deuda generada por el importador. El factor externo residente del país del importado ayuda a agilizar la operación, además que tiene la ventaja de conocer el medio, costumbres e idioma que le permitiría ser más eficiente en su gestión.

Puede darse el caso que el factor se encuentre en un tercer país fuera de los del exportador e importador. El factor en ese asunto tiene agentes o filiales los cuales a través de estos se gestiona la ejecución del contrato. La ventaja, si se da esta situación, es que el factor estando en un país con menos carga impositiva pueda bajar los costos de operación y finalmente la comisión que debería pagar el factorado. También puede ser utilizado cuando el exportado e importador no cuentan con un factor capaz en estos países por lo cual acuden a un tercer país donde exista un factor que le genere confianza.

Existe la técnica de la forfetización "... la cual supone la compra, sin recurso, hecha por un banco del país exportador, de las letras de cambio aceptadas por el importador o de los pagarés otorgado por éste, previamente avalados por un banco de su país." (Rodríguez, 1990, p667). En donde el banco del país exportador asume ciertos riesgos dando seguridad al factorado, pero cobra un

precio alto por los servicios. De este modo es un medio de financiamiento para el exportador, en donde el factor asume la insolvencia del deudor y compra los instrumentos de deuda. En este proceso también participa una filial del factor en el país del importador el cual se encargara de cobrar la deuda al importador y de verificar que los instrumentos de deuda constituyan un respaldo real. La forfetización constituye una garantía firme para el factorado, especialmente cuando se realizan exportaciones a países en vías de desarrollo donde existe desconfianza de pago. De todas maneras el costo que representa la forfetización a los factorados impide que se masifique este tipo de operación.

2.1.2.- Factoring de importación:

Este tipo de factoring no es muy común encontrarlo. Sin embargo se complementa con el factoring de exportación, siendo una manera en la que el importador puede asegurarse el crédito de los exportadores. Es decir, que si el importador no puede cancelar los valores a los exportadores en el plazo estipulado, sea el factor quien los cancele. De ser el caso el factor será quien se encarga de la cobranza a los compradores de los productos que importa el importador y cancelaría estos rubros al exportador. De igual manera podría darse que el factor asuma la insolvencia del importador.

El factoring internacional se va a ir incrementando con el paso del tiempo pues la globalización tiene hoy en día comunicado a todo el mundo y los mercados expandiéndose día a día. La celebración de tratados de libre comercio impulsaría aún más el desarrollo de este tipo de operaciones.

2.2. DERECHO COMPARADO SOBRE EL CONTRATO DE FACTORING.-

En el presente estudio va a ser muy importante el análisis de la legislación comparada para ver en qué manera el derecho sobre el factoraje ha evolucionado en otros países. Será necesario en primer lugar analizar la legislación de los países vecinos para luego examinar la de ciertos países referentes en el derecho codificado, pues en el Ecuador se practica este derecho.

Si bien es cierto, el factoring es un contrato que nace en el common law, pero la presente investigación prioriza el análisis en la legislación codificada ya que se pretende sentar bases para codificar a la figura. Con este análisis se espera poder emular ciertas normas y disposiciones que sirvan como modelo de implementación en nuestro ordenamiento.

2.2.1.- Perú:

De manera general el contrato de factoring se encuentra tipificado en la “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros” (Ley No 26702) precisamente en el numeral 10 del artículo 221 que dice “...Las empresas podrán realizar las siguientes operaciones y servicios, de acuerdo a lo dispuesto por el capítulo I del título IV de esta sección segunda: “...10. Realizar operaciones de factoring” (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, 2013, art 221)

De manera más específica la “Resolución 1021-98” de la Superintendencia de Banca y Seguros en el año 1998 expidió un “Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring”, el cual se sujeta a las disposiciones de la Ley General, por lo que procedemos a analizarlo resumidamente todos sus aspectos importantes:

En la parte preliminar da una definición sobre contrato de factoring. Más adelante, establece limitaciones sobre los tipos de instrumentos crediticios que pueden ser objeto del factoring. Concluyendo esta primera parte con los requisitos para el perfeccionamiento del contrato. Por otro lado, esta norma, dice que se debe notificar a los deudores a no ser que la naturaleza del título lo impida. Además hace una aclaración necesaria sobre quienes pueden ser factores entre las cuales incluye a las autorizadas por la Superintendencia de Bancos y a financieras.

Sobre los factores, a lo manifestado se vincula, lo que expresa el artículo 14 del mismo reglamento, que habla sobre las empresas de factoring y al respecto dice que podrán ser sociedades anónimas, las cuales se deben constituir al igual que

cualquier empresa que requiera autorización de la Superintendencia de Bancos, con el capital mínimo establecido en dicha legislación. También manifiesta que estas empresas deberán tener un registro contable de acuerdo a las normas contables que para el efecto estén vigentes en Perú. Este reglamento, señala que las empresas especializadas deben presentar un informe anual sobre: balances, flujos, auditorias, créditos, entre otros. Están también obligadas a hacer provisiones.

El presente Reglamento establece derechos y obligaciones de las partes y finalmente detalla los servicios complementarios que pueden ofrecer los factores como la cobranza, servicios contables, estudios de mercado, asesoría integral y otros. Eso entre los más relevante del Reglamento. (Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring - RES. SBS N0 1021-98 (03.10.98))

En el año 2010, por otro lado se expide la “Ley No 29623” “Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial”. Esta norma básicamente impulsa la utilización de las facturas comerciales en el régimen peruano y regula lo pertinente para que este tipo de facturas tengan eficacia y validez. Se resalta la inclusión a la prevención de lavado de activos en este tipo de actividades (Ley No 29623, 2012).

Por lo tanto, podemos decir que este contrato se encuentra completamente normado en Perú, desde el año 1998. Esta legislación ha permitido su desarrollo y es evidente que se han implementado las reformas necesarias y oportunas para completar mencionado reglamento e introducir a la factura comercial como una figura importante dentro del factoraje.

2.2.2.- Colombia:

En Colombia la figura del factoring ha tenido un crecimiento sostenido los últimos años, especialmente con la incursión masiva de la banca local. La regulación implementada en este país ha sido fundamental para su despunte. A diferencia de la regulación peruana, en Colombia se hace una distinción entre las entidades que son vigiladas por Superintendencia Financiera, Superintendencia de Economía Solidaria y por la Superintendencia de Sociedades.

Las instituciones controladas por la Superintendencia Financiera, se rigen por lo que dispone el Decreto 663 de 1993 sobre “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”. En el cual en su artículo primero establece que las sociedades que forman parte de este control son: “...a. Establecimientos de crédito. B. Sociedades de servicio financiero. C. Sociedades de capitalización. D. Entidades aseguradoras. E. Intermediarios de seguros y reaseguros.” (Decreto 663, 1993, art 1). En donde se faculta a celebrar contratos de factoring a los establecimientos de crédito entre los que la legislación los subdivide en: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.

Por otro lado, las instituciones vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, mediante la Ley 454 faculta en su artículo 47 a las cooperativas financieras a realizar actividades de factoring. “... están autorizadas para adelantar únicamente las siguientes operaciones... 9.Efectuar operaciones de compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos;” (Ley 454, 1998, art 47). Lo que coincide con el Decreto 663, previamente expuesto, en donde se permite a las cooperativas financieras a realizar este tipo de operaciones, pues antes estas eran reguladas por la Superintendencia Financiera.

Finalmente, las empresas especializadas que se dedican a esta actividad y que son controladas por la Superintendencia de Sociedades las regula el Decreto 2669 del 2012. En el que siendo concisos y rescatando lo más relevante dice lo siguiente:

En primer lugar de manera general se da definiciones sobre el contrato de factoring; En artículos siguientes se establece cuales son operaciones conexas (servicios complementarios), en los que encontramos a la cobranza, corretaje, custodia, asesoría entre otros. En los artículos siguientes se permite la cesión o endoso de créditos como medios de transferencia. Esta ley también dispone prácticas contables. A parte se habla sobre la responsabilidad que tienen los factores en la prevención de lavado de activos. Lo más destacable de esta norma, es que se establece un Registro Único Nacional de Factores, para las sociedades de factoring, instaurando un control pertinente a este tipo de

empresas, registro que solo aplica para las empresas controladas por la Superintendencia de Sociedades. (Decreto 2669, 2012).

Para complementar la regulación y potenciar el uso de la factura cambiaria, se expedieron los Decretos: 3327 del 2009; 672 del 2009. En los cuales se da el carácter de título valor a la factura cambiaria; se establecen los mecanismos de operación de este tipo de factura y sus particularidades. (Decreto 3327, 2009) (Decreto 672, 2009). Lo cual está conforme a la Ley 1231 del 2008 que unifica la factura como título valor, además de dar ciertos parámetros para la utilización de la factura electrónica y establecer el control de lavado de activos, entre otros. (Ley 1231, 2008)

La regulación en Colombia ha permitido que en todos los sectores donde se realiza actividades financieras, se desarrolle el contrato de factoring. En esta legislación se ha visto que se asemeja el término de factoring y de la compraventa de cartera, por lo que se debe prestar atención a este particular.

Sin duda este contrato se encuentra tipificado en Colombia y en Perú desde hace algún tiempo atrás lo que desde ya es una ventaja competitiva frente a el Ecuador, ya que el tener las reglas del juego claras da seguridad jurídica y confianza para que se realicen operaciones de factoring.

2.2.3.- Chile:

Si hablamos de factoraje en América Latina, Chile es uno de los principales referentes, a pesar de no contar con una normativa tan clara y completa como la colombiana y en cierta manera la peruana.

Chile junto con México y Brasil son de los países que más recursos generan por concepto de factoring en este sector del mundo. Según las cifras del 2013 del resumen anual sobre factoring realizado por organización internacional "Factors Chain International" Chile generó €25. 500 millones de euros (USD \$31.000'000.000 aproximadamente) por concepto de factoring tan solo un poco más bajo de los €31. 552 millones de euros (USD \$39.000'000.000 aproximadamente) que generó Brasil y de los €28.061 millones de euros (USD

\$34.000'000.000 aproximadamente) que generó México. (Factors Chain International, 2014, p 22)

Ecuador apenas aporta entre el 1,5% y el 2% del PIB en factoring, es decir entre USD \$ 1.350 Y USD \$1.800 millones de dólares, tomando en cuenta que el PIB del Ecuador según el Banco Mundial fue de \$90.02 mil millones. PIB que es muy inferior a países como Chile que es de \$277.2mil millones. (Revista Líderes 2013). (Banco Mundial 2013).

En cuanto a la Ley General de Bancos, y la Ley de Cooperativas de ese país, al igual que en el Ecuador no precisan al contrato de factoring como una operación permitida dentro del sistema financiero y cooperativo, pero se lo interpreta en diversos numerales que estas leyes los facultan.

Por otro lado, revisando dentro de las normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, encontramos que en su capítulo VIII se regulan operaciones de factoraje. En donde menciona que los bancos que deseen realizar este tipo de actividades deberán solicitar autorización de la Superintendencia. También se establecen los tipos de operaciones de factoring que son las autorizadas, así mismo se establecen límites, los cuales deben estar acorde a lo dispuesto por la Ley General de Bancos. (Circular 3-435 SBIF. 2008)

Una de las regulaciones más importantes es la “Ley 19.983” que regula la transferencia y otorga merito ejecutivo a copia de la factura. Dentro de la cual encontramos algunos aspectos importantes:

Uno de ellos es la obligación en compraventas y prestaciones servicios de que el vendedor o servidor emita una copia de la factura, sin valor tributario para que esta copia pueda ser cobrada ejecutivamente o cedida a un tercero. Otro punto interesante, es que se prohíbe la restricción o pacto que restrinja la libre circulación del crédito. Se obliga además a la notificación de la cesión de la factura. Por otro lado se faculta a entregar la copia de la factura a un tercero (factor) para que este la cobre. Un tema interesante de dicha ley es que a las facturas electrónicas se le da el mismo tratamiento, por lo que de esta manera se estaría impulsando a que se realice factoring electrónico. (Ley 19.983, 2004).

En Chile existen muchas empresas fuera del Sistema Financiero que realizan actividades de factoring las cuales no están del todo reguladas. Aparentemente existe un proyecto para regular esta actividad en estas empresas especializadas. Sin embargo como se mencionó anteriormente, este país con muy poca regulación ha salido adelante demostrándonos que la falta de regulación clara y específica no es el único obstáculo que atraviesa el factoring, al parecer la falta de emprendimiento, la desconfianza, y el desconocimiento del factoring serían otros obstáculos.

2.2.4.- España:

El caso de España es particular, al pertenecer a la Unión Europea se debe prestar atención a la legislación comunitaria. Dentro de la comunidad europea, en materia de factoring se debe seguir las disposiciones internacionales sobre contratos atípicos, es decir se respeta la autonomía de voluntad de las partes. Además existe, un acuerdo comunitario sobre contratos privados, al que se lo considera pero no se remite de manera específica al factoring.

Para entrar a la Unión Europea, España debió adaptar su legislación con el fin de evitar conflictos, un ejemplo de ello, es la Ley 3/1994, en la que se adapta en materia de entidades de crédito y se introducen modificaciones relativas al sistema financiero, donde se menciona al factoring precisamente en su disposición adicional primera de la siguiente manera “1. Tendrán la consideración de establecimientos financieros aquellas entidades que no sean entidad de crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, una o varias de las siguientes actividades: ... b) Las de «factoring», con o sin recurso.” (Ley 3. BOE 1994. Disposición adicional primera).

Según Carlos Villegas la legislación bancaria española ya regulaba la operación del factoring desde 1978, y era percibido de la siguiente manera “...se entendía como actividades derivadas directamente de la principal las de investigación de mercados, llevanza de contabilidad y gestión de cuentas, información comercial, estadística y cualquier otra similar.” (Villegas, 2005, 684). Es decir España lleva

casi 40 años con legislación sobre factoring, en donde se tenían en cuenta los servicios complementarios.

Adentrándonos, más en la legislación española, se puede señalar que se usa a la cesión de créditos como sinónimo del factoring, a lo que técnicamente se puede determinar como un error luego de haber marcado las respectivas diferencias que hay entre estos dos contratos en el capítulo anterior, de todas maneras para un mejor entendimiento dentro de este régimen lo asimilaremos como una cesión de créditos. En este país, curiosamente, la normativa no hace distinción entre una factura común y una comercial negociable.

Es importante analizar el Código de Comercio Español que en su artículo 311 habla sobre el préstamo mercantil y dice: “Se reputará el préstamo mercantil concurriendo las circunstancias siguientes: 1.^a Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2.^a Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.” (Código de Comercio. BOE 1885, art 311). Lo que de alguna manera se autoriza a que se realice factoring dentro de los comerciantes; pues el financiamiento que se realiza en factoring, tienen como destino las operaciones de comercio cumpliendo de esta manera la segunda condición que establece la normativa.

En este mismo cuerpo legal en el artículo 347, dice que los créditos mercantiles no endosables ni al portador se deben transferir poniendo en conocimiento al deudor, es decir se requiere notificación y transferir los créditos mediante cesión. (Código de Comercio. BOE 1885, art 347). Cesión de créditos que de igual manera lo regula el Código Civil Español, en su capítulo VII.

Por otro lado, hay otros sectores que regulan esta actividad, como lo demuestra la Ley 1/1999 que regula a las entidades de Capital de Riesgo y de sus sociedades gestoras. En la cual básicamente en su disposición tercera adicional determina ciertas condiciones para la cesión de créditos tales como:

Que el cedente debe ceder créditos provenientes de su actividad empresarial y el cesionario sea una entidad financiera o fondo de titularización. Por otro lado dice que los créditos cedidos no pueden pasar el plazo de un año. Pero da la posibilidad de que estos créditos sean pagados a plazo o al contado y se hace

constar la remuneración para el cesionario que presta el servicio. Finalmente menciona la posibilidad que el cesionario asuma la insolvencia del deudor, el cesionario debe haber cancelado el importe de la deuda. (Ley 1. BOE 1999. Tercera Disposición adicional).

En suma, se puede ver que en la legislación española, la figura del factoring, no se encuentra completamente regulada. Se piensa que la Ley debería mencionar con propiedad los términos, es decir no asimilarlo con una cesión de créditos, lo cual puede llevar a confundir las dos figuras.

2.2.5- Francia:

Este país tiene la particularidad que en su ordenamiento jurídico se reconoce a la figura del factoraje, como subrogación de créditos, tal cual lo demuestra el artículo 1249 y 1250 del Código Civil, que dicen lo siguiente:

“Artículo 1249 La subrogación en los derechos del acreedor en beneficio de una tercera persona que efectúe el pago, podrá ser convencional o legal. Artículo 1250 Esta subrogación será convencional: 1º Cuando el acreedor que reciba el pago de una tercera persona le subroge en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor: esta subrogación deberá ser expresa y realizada al mismo tiempo que el pago; 2º Cuando el deudor tome a préstamo una suma al efecto de pagar su deuda y subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Será necesario, para que esta subrogación sea válida, que el acto de préstamo y el pago sean realizados ante notario; que en el acto del préstamo se declare que la suma ha sido prestada para efectuar el pago, y que en el pago se declare que el mismo ha sido efectuado con dinero proporcionado a dicho efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se operará sin el concurso de la voluntad del acreedor.” (Mestrot, Hualde, Laroumet y Lemouland. 2006. P179).

De igual manera el precitado cuerpo legal habla sobre la cesión de créditos, lo que causaría confusión con lo manifestado sobre la subrogación de derechos, siendo dos figuras distintas en esta legislación. Precisamente el Capítulo VIII del

Código Civil expone sobre la transmisión de créditos y demás derechos incorporados. Lo que se puede saber es que ya en la práctica del derecho, al factoring se lo asimila con la subrogación, y la cesión funciona como un contrato aparte.

Según Agustín Marre en el año 1967 se promulgo en el régimen francés una ordenanza No 67-838, en la que se crea la figura de las facturas protestables, en las que se exige que se emitan por duplicado, y que cumplan los requisitos para su transferencia como la notificación entre otros aspectos se le da carácter de título valor. (Marre, 19995, p198).

Al igual que en España, en la legislación francesa se puede ver que no se tiene una regulación específica sobre el contrato de factoraje, en la que regule todos sus aspectos. Es más se puede confundir a la figura de la subrogación con la de cesión por lo que fuera necesario que dichas legislaciones aclaren estas dudas sobre el factoring y su relación con estos dos tipos de contrato.

Por lo tanto después de haber revisado las distintas legislaciones, se piensa que para que una legislación en cuanto al factoring se encuentre correctamente tipificada, en primer lugar debería definir bien y de forma clara los conceptos y especificaciones que implican este contrato, así como los títulos que pueden ser transferidos. En segundo lugar se debe establecer los servicios complementarios permitidos. En tercer lugar se debe especificar los modos de transmisión de los títulos de crédito y si esa transmisión debe ser notificada o no. En cuarto lugar se debería indicar las personas jurídicas y naturales que son autorizadas a ofrecer servicios de factoring y a que organismos de control estarán sometidos.

2.3. CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE FACTORING.-

Internacionalmente al factoring se lo ha tratado en algunas convenciones, siendo la más importante, la llevada a cabo en Ottawa, Canadá el 28 de Mayo de 1988, convención que fue parte de las denominadas "UNIDROIT", en las cuales se pretendía, la unificación del derecho privado y la normalización de contratos

atípicos. Más adelante analizaremos lo que nos dice esta famosa convención internacional sobre el factoring así como algunas de menor relevancia.

Convención de UNIDROIT sobre factoring internacional:

Esta convención sobre factoring, forma parte de los acuerdos comerciales celebrados a través del organismo internacional denominado UNIDROIT, el cual es un organismo independiente intergubernamental, que tiene como objeto la unificación del derecho privado. En este acuerdo participaron 55 estados, 4 estados observadores, organizaciones intergubernamentales, asociaciones internacionales, entre otros. Lamentablemente el estado ecuatoriano no participó en los acuerdos UNIDROIT. Para la celebración de esta convención existieron estudios preliminares para ver si la operación de factoring era considerada dentro de estas convenciones unificadoras de derecho privado. Finalmente se incluyó dentro de la agenda UNIDROIT, efectuándose la convención en Mayo de 1988 para de esta manera obtener reglas claras y uniformes sobre el factoring internacional.

Analizando el texto aprobado, consideramos entre los puntos más importantes que:

Al inicio, en el capítulo I de la convención habla sobre el ámbito de aplicación y disposiciones generales: Sobre el ámbito de aplicación dicen que serán valido las presentes disposiciones sobre contratos celebrados entre las partes que se encuentren en diferentes estados, y estos estados obviamente hayan ratificado la presente convención. Después establece definiciones importantes sobre el factoraje resaltando que se lo entiende como una cesión de créditos; del mismo modo instituye los servicios complementarios como la contabilidad, cobro, financiamiento y asunción del riesgo de no pago; más adelante habla sobre la obligación de notificar la cesión de los crédito.

Por otro lado en el artículo 2 como aspecto relevante establece que la convención rige en contratos de factoraje que se hayan celebrado entre distintos países. Mientras que el artículo 3 se resalta que las partes pueden excluir la

totalidad de la presente convención. Cerrando el capítulo primero en su artículo cuarto se establece el principio de buena fe dentro de estos contratos.

En el capítulo II, se instituyen los derechos y obligaciones que deben observar las partes dentro de un contrato de factoraje. En el Capítulo cuarto se admiten las cesiones sucesivas, siempre y cuando se respeten cada una de las disposiciones de la presente convención. Como disposiciones finales se puede distinguir que esta convención está abierta a la adhesión de todos los estados que no sean parte, lo que podría verse como una posibilidad en el desarrollo del factoring para el Ecuador. En síntesis lo manifestado está inmerso dentro de la presente convención. (UNIDROIT, 1996)

Actualmente son 63 países miembros de UNIDROIT, entre los cuales se encuentran la mayoría de potencias mundiales así como algunos países sudamericanos. La idea es que más países se sigan adhiriendo.

Esta convención y las otras de carácter de derecho internacional privado han dado seguridad jurídica a los comerciantes, desarrollando este tipo de operaciones a nivel mundial. El primer paso para que el Ecuador tenga legislación sobre el factoring sería la adhesión a este convenio y en base a este normar internamente.

Cuarta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado:

Esta conferencia fue llevada a cabo del 09 al 15 de julio de 1989, en Montevideo Uruguay, la cual tuvo como eje principal la firma de tres convenios interamericanos: 1. Restitución internacional de menores; 2. Obligaciones alimentarias; y 3. contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera.

De manera secundaria se aprobaron resoluciones en las cuales se sugerían a los países miembros de la Organización de Estados Americanos a firmar y ratificar las Convenciones sobre factoring y arrendamiento mercantil de

UNIDROIT. Sugerencia que aparentemente no fue escuchada por el estado ecuatoriano y hasta el día de hoy no se ha adherido a estos convenios.

2.4. ASOCIACIONES U ORGANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES DE FACTORING.

Internamente en ciertos estados existen asociaciones o agrupaciones de este sector económico productivo, que se unen en uno solo, con el fin de buscar mayores beneficios en este mercado, darse un apoyo mutuo, y velar por sus intereses. Por lo general este grupo está compuesto por entidades que prestan el servicio de factoring, ya sean entidades de crédito o empresas especializadas, pero además a veces participan personas naturales usuarias de los servicios de factoring. Por ejemplo, en España existe la Asociación Española de Factoring que hace frente a las autoridades y representarlas a las entidades de factoring, también promueven el estudio y desarrollo del factoring entre otras actividades que este tipo de asociaciones se plantean.

De igual manera se han creado algunas agrupaciones internacionales que desarrollan sus actividades en torno al contrato de factoraje. La organización más importante a nivel mundial es el Instituto Internacional del Derecho Privado (UNIDROIT), un organismo independiente intergubernamental, que tiene como objeto la unificación del derecho privado, entre los cuales se encuentra unificado el factoring a través de una de las convenciones que fue nombrada con el mismo nombre de la organización y que ya se habló en el anterior subcapítulo.

UNIDROIT tiene su sede en Roma y tiene 63 miembros estatales, así como algunas organizaciones internacionales, los mismos que son los que financian este instituto. Manejan una estructura orgánica por la cual realizan sus diferentes actividades. Con respecto al factoring desarrollaron la convención ya mencionada además de otros estudios importantes para seguir ampliando y evaluando la aplicación de la actual normativa. (UNIDROIT, 2014).

La Asociación Internacional de Factoring (IFA) por su parte conforma una de las agrupaciones más importantes a nivel mundial de este tipo. A diferencia de la organización analizada que está compuesta por estados, está la componen empresas de factoraje situadas en 16 países teniendo mayor fuerza en Norteamérica. Es preciso resaltar que tres empresas guayaquileñas están asociadas Ecuadescuento S.A., Factors Logros del Ecuador S.A., Factorrsa Ecuatoriana S.A. Esta asociación se constituyó en 1999 con un propósito comercial, en la cual a través de intercambios de información capacitación y otras actividades que promueven el desarrollo y beneficio de estas empresas. (Asociación Internacional de Factoring, 2014).

Otra organización internacional igual de importante que la anterior es *Factors Chain International* (FCI) con sede en Ámsterdam, Holanda, la cual fue constituida en 1968 con el fin de crear una red que aproxime al factoring entre distintos países dando las facilidades que sean necesarias. Actualmente cuenta con 275 miembros de 77 países del mundo. Uno de sus miembros es el Banco de Guayaquil. (Factors Chain International, 2014)

En américa latina por su parte existe, la Federación Latinoamericana de Factoring (FELAFAC), la cual está compuesta por instituciones privadas de Chile, Colombia, Perú, Ecuador y México. Su sede es en Santiago de Chile, y tiene por objeto hacer un frente común en temas de factoring para de esa manera ser más competitivos en dicho continente entre estos organismos privados. Otros objetivos son: el intercambio de información, la promoción de estudios de todos los aspectos que aborda el factoring, el desarrollo de nuevas técnicas para las compañías de factoring, el establecimiento de alianzas con otros organismos internacionales de esta naturaleza, la homologación de la legislación en temas de factoring entre otros.

México y Chile cuentan con una asociación nacional, por la cual está vinculada con la Asociación Latinoamericana. Justamente estos dos países son los que más flujo generan por este tipo de operaciones. En Colombia como se revisó en su momento existe el Registro Único de Factores pero se limita a cumplir con sus funciones de registro y control, por lo que la naturaleza es distinta a estas

asociaciones. En Ecuador el representante en este organismo es el Banco de Guayaquil. En fin, esta es una organización relativamente nueva por lo cual no se puede obtener resultados concretos de su función. Lo manifestado con respecto a la presente Asociación es información que reposa en la página web de la misma asociación. (Asociación Latinoamericana de Factoring, 2014).

Estas, entre algunas de las asociaciones que existen mundialmente. Cabe destacar que igualmente existen conferencias muy importantes, algunas de estas permanentes, que generan la investigación, debate y desarrollo del factoring. Sería bueno que el Ecuador en un futuro pueda contar con una asociación local de las entidades de factoraje la cual conforme un frente común ante organismos públicos y privados de carácter nacional e internacional.

Este ejercicio de legislación comparada, permite tener una amplia idea de cómo se maneja el factoring a nivel mundial, esto ayudará a analizar con visión global nuestro ordenamiento al respecto del factoraje. Además permitirá establecer las bases para la implementación total del factoring en nuestra legislación.

CAPÍTULO III: EL FACTORING EN EL ECUADOR

3.1. RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.-

Si bien la Constitución de la República, no se refiere específicamente a temas de factoring, tampoco tiene la obligación o razón de hacerlo dentro de una norma constitucional, pero es necesario tener en cuenta las bases legales constitucionales que avalan el desarrollo del presente contrato.

Dentro del derecho a la libertad que señala el Art 66 de la constitución cabe resaltar los numerales 15 y 16 en los que se garantizan: “15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conformes a los principios de solidaridad responsabilidad social y ambiental.” “16. El derecho a la libertad de contratación.” (Constitución de la República, 2008, art 66). Con lo que se garantiza la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en los contratos así como el derecho de desarrollar actividades que produzcan réditos económicos.

El artículo 304, habla de política comercial en el cual se tiene como objetivos importantes para el presente estudio, los numerales primero y sexto que dicen: “1.Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.” “6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.” (Constitución de la República, 2008, art 304). El numeral primero impulsa el desarrollo de los mercados internos. Una de esas maneras podría ser a través de factoring. El numeral sexto evita prácticas anticompetitivas como lo son los monopolios. El mercado de factoring al ser un servicio relativamente nuevo y al existir pocos factores ofreciendo este servicio, se vuelve un sector vulnerable en este sentido, donde se podrían establecer monopolios, por la falta de competencia.

Finalmente el artículo 308 inciso segundo nos dice lo siguiente: “El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura.” Es decir este

artículo promueve a que el estado democratice los créditos y fomente los servicios financieros.

El factoring justamente cumpliría esa función financiera, pues el factoring es más accesible que a otros tipos de préstamos que requieren mayores garantías. Este tipo de créditos beneficiarían especialmente a pequeñas y medianas empresas, que en la práctica se les complica mucho conseguir un financiamiento. De igual manera se prohíbe la usura, que sin una normativa clara y un control adecuado, los factores estarían en riesgo de cometer este delito. Es decir, se piensa que el factoring podría ser una alternativa para las personas que hoy en día acuden a usureros, ya que ofrece financiamientos de fácil acceso, los intereses son bajos y estarían dentro de un marco legal. Consecuentemente sería un impacto positivo para reducir estas prácticas antijurídicas dentro del país.

Como se ha visto, el derecho constitucional, impulsa al desarrollo económico de los mercados, y se presta las garantías necesarias para que el factoring opere. Se piensa que esta operación debería estar incluida como un mecanismo importante de financiamiento dentro del Plan Nacional de Desarrollo.

3.2. RELACIÓN CON EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO.-

En el capítulo primero, a breves rasgos, en alguno de los casos, se pudieron abordar temas del Código Civil, en relación al factoring, por lo que en el presente subcapítulo se despejarán dudas o cabos sueltos que pudieron haber quedado. Las operaciones de factoraje fueron amparadas desde un inicio con la promulgación del Código Civil. Cuerpo Legal, que fue hecho sobre la base del Código Civil chileno obra de Andrés Bello.

Partiendo de principios fundamentales, son capaces de celebrar contratos todos menos los que la ley los declare incapaces.

Así el artículo 1461 del Código Civil nos dice que para que una persona pueda obligarse con otra en un contrato, debe tener capacidad legal, y así cumplir el resto de requisitos de validez de un contrato que son; que su consentimiento no

adolezca de vicios; y que recaiga en objeto y causa lícita. (Código Civil, 2005, art. 1461y 1462).

Por lo que al igual que todos los contratos, para su validez en un contrato de factoring se debe observar las disposiciones que anteceden.

Como se ha estudiado a través de la historia y distintas legislaciones, al factoring se lo ha interpretado y relacionado con distintas figuras del derecho. Una de ellas con la tradición, la cual según el artículo 686 del Código Civil "...es un modo de adquirir el dominio de la cosa... habiendo, por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo." (Código Civil, 2005, art 686). Es decir, desde un punto de vista anacrónico, para los que realizaban este tipo de operaciones entre los siglos XIX e inicios del XX, veían al factoraje como una simple tradición de títulos de crédito a la que se sumaban otros contratos complementarios como el depósito, distribución, etc. Esta tradición se lo hacía por medio de una compraventa o cesión.

Sin duda la figura, que más se adapta a las características de un contrato de factoring es la cesión de derechos que recoge el Título XXIV del cuerpo legal en estudio. Sobre todo, lo que está expresado en el párrafo I sobre la cesión de créditos, precisamente desde el artículo 1841 hasta el 1849. La cesión de créditos trae a colación aspectos importantes del factoring inclusive en el caso de la notificación de los créditos cedidos que se expuso oportunamente en el capítulo primero del presente estudio.

Entre lo más relevante, de manera resumida este párrafo dice:

Que la cesión del crédito no tendrá efecto mientras no se entregue el título; de igual manera, dice que no surte efecto si la cesión no fue notificada al deudor o aceptada; por otro lado, habla de las maneras en que debe ser notificado el deudor; también nos dice que en procesos de titularización no se requerirá tal notificación al deudor; además, como efecto señala que si no se notifica o acepta el deudor la cesión se entiende que el crédito lo mantiene el cedente; como dato importante indica que el cedente no se hace responsable de la solvencia del deudor, a no ser que así se comprometa; finalmente, las mencionadas

disposiciones no se aplican a los títulos que regula el Código de Comercio (pagaré, letra de cambio, etc). (Código Civil, 2005, art 1841-1849)

En otras palabras, lo expuesto frente al factoring, se debe observar primeramente, que títulos de crédito van a ser transferidos en este tipo de contrato, para decidir que norma aplicar. Uno de estos instrumentos, que estarían amparados en el Código Civil podría ser una prenda o un certificado de inversión. En otro tema vemos que la cesión en estos casos se perfecciona con la entrega de los instrumentos de crédito y la notificación al deudor. Por lo que en este caso no se podría realizar un contrato de factoring sin que se haya notificado previamente al deudor o este haya aceptado la cesión.

El contrato de factoring se terminara al igual que todo contrato, por las disposiciones contenidas en artículo 1583 del Código Civil que extinguen obligaciones, esto es por: resolución, resciliación, recisión, solución o pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe y por prescripción. (Código Civil, 2005, art 1583)

A propósito de la novación, a continuación se explicará cómo funcionaría en un contrato de factoring, ya que se mencionó en el capítulo primero de la presente tesis, y no se pudo profundizar en su explicación. Es preciso aclarar, que la novación, no surte efectos para los contratos de factoring sin recurso, en los cuales se haya notificado la cesión de créditos al deudor, ya que si el factor compra el 100% de títulos y asume la insolvencia, quedan sin efecto las obligaciones del contrato de factoring originario, y el factorado queda libre de toda relación contractual, quedando obligados entre sí, el factor y el cliente del factorado. Por lo que una novación de esta naturaleza sería imposible.

Ejemplificando como se podría dar esta situación, se va a suponer que un factorado que es acreedor de una deuda de uno de sus clientes, la cual tiene un plazo de vencimiento de noventa días. Lo que le permite al factorado celebrar un contrato de factoring con un factor por este mismo plazo con el fin de obtener liquidez. Llegando a la terminación del plazo o durante el plazo, el cliente del factorado previendo que no cuenta o contaría con los recursos para pagar dicha

acreencia en los términos acordados, solicita al factorado extender el plazo pero con condiciones nuevas más favorables para el factorado como la del pago de un mayor interés o la incorporación de una garantía. El factorado acude al factor indicándole este particular, en virtud que este acepte también extender el plazo. Si el factor acepta las nuevas condiciones, el factoraje quedaría perfectamente novado. Novación que habla el Código Civil en su artículo 1644 y siguientes. La novación extingue las obligaciones originarias y se crean nuevas.

3.3. RELACIÓN CON EL DERECHO COMERCIAL ECUATORIANO.-

El Código Civil, no normaliza a los instrumentos de créditos, que se encuentran regulados por el Código de Comercio. Por lo que, de este modo se debe estar atentos a las disposiciones del Código de Comercio que tengan relación con los títulos valores que involucren operaciones del factoring.

De manera preliminar se puede decir que en los contratos y actos de comercio existe el imperio de la buena fe. Otro principio que es importante comprender es que el Código Civil siempre será la norma subsidiaria del Código de Comercio. Por lo que en lo que respecta a los medios de prueba dentro de un juicio son los mismos admitidos por la Ley Civil, y se agregan “1... extractos de libros de los corredores... 2... libros de los corredores... 3. Con facturas aceptadas o reconocidas, o que, según la Ley se tengan por reconocidas.” (Código de Comercio, 2008 art. 164). Para lo cual el numeral tercero muestra la posibilidad de usar como prueba, en un litigio, a las facturas que pueden haber intervenido en un contrato de factoraje.

Esto se conecta con el inciso tercero del artículo 201 del Código de Comercio, donde se tipifica a la Factura Comercial Negociable, la cual también podría servir como medio probatorio en un juicio ordinario o ejecutivo. Es preciso aclarar que en el primer capítulo ya se analizó a la factura comercial negociable y se determinó que es un instrumento muy útil dentro de un contrato de factoraje, a través del cual la legislación moderna y los comerciantes apuntan a que este sea el instrumento de preferencia en este tipo de contratos. Sus características

permiten garantizar el cobro por vía ejecutiva al acreedor a través de una factura que de todas maneras tiene la obligación de emitirla sin la necesidad de presentar un nuevo título de crédito como por ejemplo un pagaré.

Regresando nuevamente a la cesión de derechos, el artículo 204 del cuerpo legal en análisis, dice que si la cesión derechos está a la orden del beneficiario se lo hará por endoso, si está a favor, se lo hará por cesión y si está al portador basta con la entrega del título. (Código de Comercio, 2008, art. 204).

En cuanto a la notificación, en materia de Comercial es imprescindible cuando en una letra de cambio o pagaré este expresamente girado “no a la orden” del beneficiario. (Código de Comercio, 2008 art. 419). Por lo contrario si no está tal estipulación, el endoso será suficiente y no se tendrá que notificar.

En consecuencia, estas disposiciones serán muy útiles en un contrato de factoraje al momento de la transmisión de los títulos de crédito que realice el factorado al factor, para que esta transmisión sea ejecutable y no se encuentre al margen de la Ley. Más adelante de igual manera se analizará una reforma al Código de Comercio en cuanto al factoring, propuesta por el Código Orgánico Monetario Financiero.

3.4. RELACIÓN CON EL DERECHO TRIBUTARIO.-

Para obtener una visión macro del contrato de factoring este estudio abordará los principales aspectos en cuanto al derecho tributario. Pues muchas veces existen algunas dudas en cuanto a la aplicación de la norma dentro del contrato.

En primer lugar hay que entender al factor, ya sea este una sociedad financiera, o empresa especializada como un sujeto pasivo ante la Ley Tributaria. Es decir, ambos son contribuyentes de las arcas fiscales del Estado.

El factor por los servicios que presta obtiene una comisión. La pregunta es ¿El factor debe facturar al factorado los servicios de factoring? La respuesta es que sí. Los servicios representan un hecho generador y un ingreso de fuente en materia tributaria en cuanto al IVA y renta respectivamente, por lo tanto el factor por concepto de estos servicios deberá emitir la respectiva factura. (Ley Orgánica

de Régimen Tributario Interno, 2013 art 8, 59). Esta factura deberá especificar de manera desglosada los servicios prestados, con el objetivo de que el sujeto activo (SRI) tenga claro sobre qué servicios va a cobrar los impuestos. Esto se debe a que si en la factura, el concepto del cobro sea solamente “servicios de factoring” queda muy en el aire para quien no sabe a detalle que servicios se ejecutaron.

Esta factura servirá para hacer las declaraciones de impuesto a la Renta e IVA. Factura que deberá estar de acuerdo al Reglamento Facturación vigente. El problema del factoring es que cuenta con una gama de servicios, pues como veremos más adelante no todos los servicios tienen el mismo tratamiento tributario, tanto en renta como IVA y por esta razón la factura deberá ser específica en cuanto a los servicios.

Hablando del impuesto a la renta, precisamente en el artículo 8 numerales 1 y 7 de la Ley de Orgánica de Régimen Tributario Interno, se interpreta que el factoring genera un ingreso de fuente. Estos ingresos para determinar la base imponible se puede hacer las respectivas deducciones de gastos que den lugar y finalmente determinar el valor a pagar de acuerdo a la tarifa que muestran los artículos 36 y 37 del mismo cuerpo normativo. (Ley de Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2013 art 8, 10, 36, 37).

Sobre los rendimientos financieros, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, dispone que las entidades que se dediquen a la intermediación financiera actuarán como agentes de retención. “Las instituciones, entidades bancarias, financieras, de intermediación financiera y, en general las sociedades que paguen o acrediten en cuentas intereses o cualquier tipo de rendimientos financieros, actuarán como agentes de retención del impuesto a la renta sobre los mismos.” (Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2013 art 44).

Por otro lado, el impuesto al valor agregado, grava a la transferencia de dominio así como a la prestación de servicios según el art 52 de la Ley de Orgánica Régimen Tributario Interno, siendo un hecho generador según el art 61 del mismo cuerpo legal. El contrato de factoring puede ser un servicio y a la vez

existir transferencia de dominio. Acá es donde se puede generar confusiones, pues en el factoring existe una transferencia de dominio de un título de crédito. Duda que nos aclara el numeral 6 del artículo 54 de la misma Ley impositiva que dice: “No se causará el IVA en los siguientes casos: 6. Cesión de acciones, participaciones sociales y demás títulos valores.” (Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno 2013 art 54). En otras palabras, la cesión de créditos no causa el pago de IVA. Mientras que la prestación de servicios, en factoring, si genera el pago de IVA.

Más adelante en el artículo 55 numeral once de la misma Ley ratifica que los rendimientos financieros se encuentran gravados con tarifa cero de IVA. Es decir el rendimiento financiero que pueda provocar la operación del factoring estaría imputable a una tarifa cero al valor agregado.

Una de las incertidumbres, que nacen en el ámbito tributario es precisamente como opera el crédito tributario en estos casos. Pues el factor emite una factura al factorado por los servicios prestados. ¿El IVA generado en dicha factura para el factorado se podría deducir a la vez al servicio como gasto operacional? El factorado se podrá deducir estos gastos de servicio de factoring siempre y cuando dichos gastos hayan sido incurridos con fin de dar cumplimiento al servicio prestado. Por lo tanto si el IVA pagado por los servicios de factoring adquiridos fuera superior al IVA cobrado por el factorado, a este saldo se lo consideraría crédito tributario.

3.5. ANÁLISIS DEL FACTORING EN EL DERECHO FINANCIERO.-

3.5.1.- Ley General de Instituciones del Sistema Financiero:

Si bien es cierto, el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero, derogó la Ley General del Sistema Financiero, no obstante el presente estudio comenzó a desarrollarse cuando aún estaba vigente la Ley General del Sistema Financiero, por lo cual será importante su análisis, para entender el enfoque de la presente

tesis y conocer una normativa que de alguna manera normó y fundó legalmente a las actividades del factoraje.

Como se mencionó previamente la Ley General del Sistema Financiero, en su artículo 51 literal h), se interpretaba al factoraje como una actividad permitida para las instituciones financieras ya que decía lo siguiente: "... h) Negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos;" (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, 2001, art. 50, literal h)

Al manifestar sobre la negociación de facturas y otros títulos de crédito, se intuye que esta negociación se la podía efectuar para la adquisición, o para la venta de estos documentos, lo que en cuanto a factoring interesa es la adquisición que realicen las instituciones financieras en calidad de factores. Más adelante se complementa la operación, con lo que se manifestaba al final del literal, donde se permitía efectuar anticipos con respaldo de los títulos de crédito.

Hasta este momento podríamos decir que la operación del factoring se encontraba plenamente justificada en la legislación ecuatoriana en el campo financiero. ¿Pero qué sucedía con los servicios complementarios? Si revisamos en la misma normativa podríamos encontrar en el artículo 51, literales k), ñ) y o) que se encontraban algunos de los servicios complementarios como, la cobranza, o el depósito.

Por otro lado en el literal j) del mismo artículo complementaba a la operación de factoring, la cual decía: "j) Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas." Dando claras luces que se regulaba al contrato de descuento y como ya se manifestó, un contrato de factoraje puede contener un contrato de descuento inmerso.

Por lo analizado se podría afirmar que el factoring se encontraba de alguna manera regulado para las instituciones financieras. Afirmación que sería irresponsable puesto, que el contrato de factoring es una figura mucho más compleja, y la sola omisión del término en esta ley, conlleva consecuencias

negativas, ya que deja mucho espacio a la interpretación y confusión. Además de la falta de previsión sobre las situaciones que pueden ocurrir en dicho contrato.

3.5.2.- Código Orgánico Monetario y Financiero:

El nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero, que deroga algunos cuerpos normativos entre ellos, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que de manera especial compete en cuanto al estudio de factoring. El cual será importante analizar sus artículos pertinentes con el fin de conocer la actualidad legal del contrato dentro del área financiera.

Uno de los principales cambios dentro de este cuerpo legal, es que se crea a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que según el artículo 13 dice que es "... parte de la función Ejecutiva, responsable de la formulación de políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores" (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art 13). La propuesta de esta tesis debe tomar en cuenta a este cuerpo colegiado para que desde ahí pueda nacer una iniciativa hacia una regulación especial al factoring.

Dentro de las disposiciones comunes para el sistema financiero, en las operaciones permitidas para el sector financiero público y privado se puede ver que el factoring estaría regulado de alguna manera dentro del artículo 194 precisamente en el numeral cuarto que dice lo siguiente: "4. Negociar letras de cambio, libranzas, pagares, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos;" (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art 194) Numeral que no cambia en nada con el literal h) del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero como se revisó en su momento, por lo que el análisis tampoco cambia al respecto. De igual manera ocurre con los numerales que hablan sobre el descuento, la cobranza y el depósito. Por lo que se puede observar que en cuanto a las

operaciones permitidas para el contrato de factoring no se modifica nada dentro del Sistema Financiero.

Se puede resaltar que en este Código, se agrega en su artículo 198, sobre las operaciones financieras por parte de las personas jurídicas no financieras que dice:

“Las personas jurídicas no financieras que, como parte del giro de su negocio, realicen ventas a plazo o realicen operaciones de crédito por sobre los límites que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, serán controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros o por la Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria según corresponda y se someterán a las normas que sobre esta materia dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Para este efecto, las ventas a plazo se considerarán como operaciones de crédito.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art 198).

Lo que concierne en cuanto a los factores y factorados donde se establece la normativa y quien debe realizar el control, que más adelante lo analizaremos detenidamente.

Sin embargo el cambio sustancial que propone este Código, en cuanto al factoring, se encuentra dentro de las disposiciones reformativas. Precisamente, en la disposición séptima que dice:

“En el Código de Comercio como inciso final del artículo 201, inclúyase el siguiente texto: ...Las compañías de comercio podrán dedicarse de manera exclusiva a la realización profesional y habitual de operaciones de factoring y sus operaciones conexas, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, Disposición reformativa séptima).

Lo que representa un cambio significativo dentro de la regulación del factoring ya que por primera vez lo nombra un Código tan importante como lo es el de Comercio. Además que habla de las operaciones conexas que a la final son los servicios complementarios. Por otro lado la reforma plantea que las compañías de comercio podrán dedicarse exclusiva y habitual al factoring. Esto resulta un avance importante ya que se reconoce esta actividad fuera del Sistema Financiero.

El cabo suelto que deja el legislador, con esta disposición, es que al igual que en la Reforma al Código de Comercio, ¿por qué no se mencionó en el Código Orgánico Monetario y Financiero directamente al factoring, como una de las operaciones permitidas para el Sistema Financiero y se prefiere dejar a la interpretación?

3.5.3.- Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria:

La Ley de Economía Popular y Solidaria, en su artículo 83, al igual que la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en su artículo 51 otorgaba las mismas facultades a las Cooperativas de Ahorro y Crédito en cuanto al desarrollo del contrato de factoraje.

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Monetario y Financiero, el artículo 83 de Ley de Economía Popular y Solidaria quedó derogado, por lo que las Cooperativas de Ahorro y Crédito deberán observar lo que dispone el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Por otro lado para las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, la nueva norma dispone lo siguiente en su artículo 465: "... en el ámbito de sus objetivos, podrán realizar las operaciones determinadas en el artículo 194, previa la autorización de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria" (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, Art 465). Es decir, las mismas operaciones que puede realizar un banco, podrán realizar estas entidades entre las que se incluye a las operaciones de factoring.

3.5.4.- Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera:

Esta norma, creada en el 2008, es importante para el contrato de factoring, ya que introdujo reformas al Código de Comercio sobre la inclusión de las Facturas Comerciales Negociables, dándole el carácter de título valor así como reglamentando de manera general dichas facturas.

Además que faculta al Consejo Nacional de Valores para que regule a la factura comercial en materia cambiaria. Factura que como se expuso, es uno de los títulos valores principales dentro del contrato de factoring. (Resolución No CNV-001-A-2009).

3.6. OTROS CUERPOS NORMATIVOS QUE MENCIONAN AL FACTORING.-

El Convenio de Cooperación Técnica Corporación Financiera Nacional y el Banco del Estado de Chile, que como su nombre bien lo indica es un convenio entre estas dos instituciones que tienen como objetivo entre otros el de “2.- Brindar asistencia técnica por parte del Banco del Estado de Chile en referencia a conocimientos, desarrollo y avances en factoring y leasing en Chile...” (Convenio de Cooperación Técnica Corporación Financiera Nacional y el Banco del Estado de Chile, 2010, Disposición Segunda). Donde claramente se muestra la falta de capacitación que existe en el país, pero también el intento de desarrollar factoring en el Ecuador a través de la CFN.

El Decreto Ejecutivo 1793 del 2004, que trata sobre normas de seguro de crédito a la exportación, menciona al factoring en su artículo 8 que dice:

“Las facturas respaldadas con pólizas de Seguro de Crédito a la Exportación podrán ser utilizadas como garantía adecuada para la obtención de crédito de capital de trabajo en el sistema financiero; como respaldo a inversiones en valores fiduciarios en caso de que así lo determine la normativa vigente; y, como soporte de operaciones de factoring para lo cual la Superintendencia de Bancos y Seguros, las bolsas de valores y la Superintendencia de Compañías establecerán el

marco legal y operativo adecuados para tal efecto.” (Decreto Ejecutivo 1793, 2004, art 8).

Marco legal que nunca se instauró. Este contrato también es nombrado en algunos Acuerdos Ministeriales de ciertos Ministerios y están identificados como “Normas para la Contratación de Régimen Especial” por ejemplo el Acuerdo en este tema expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos que en lo concerniente al factoring dice lo siguiente:

“Art. 1.- **Ámbito de aplicación.**- Se someten a las normas establecidas en el presente acuerdo ministerial, las contrataciones que realice el Ministerio de Minas y Petróleos que se detallan a continuación: ...9. Los contratos tales como leasing, factoring, administración de encargos fiduciarios, mandatos, entre otros de la misma especie.” (Acuerdo Ministerial 203, 2008, art 1).

El Reglamento de Comprobantes de Retención y Documentos Complementarios no menciona precisamente al factoring pero en su reforma de enero del 2013 incorpora a la factura electrónica, título de crédito con el cual se podría realizar factoring electrónico. Justamente se añade la siguiente Disposición General en la reforma: “Décima: Los sujetos pasivos que hayan sido autorizados para emitir comprobantes de venta, retención y documentos complementarios electrónicamente mediante mensajes de datos, no están obligados a emitir y entregar de manera física dichos documentos” (Reglamento de Comprobantes de Retención y Documentos Complementarios, 2013, Disposición General Decima). Este mecanismo optimizará las operaciones de factoring de manera electrónica.

3.7. ANÁLISIS SOBRE LAS EMPRESAS ESPECIALIZADAS DE FACTORING EN EL ECUADOR.-

Una práctica muy común en todos los países donde se realizan operaciones de factoraje, es que se realice factoring fuera del sistema financiero. Es decir

compañías reguladas por la Superintendencia de Compañías, que se constituyen con el objeto de realizar actividades relacionadas al factoring. Desde hace muchos años vienen funcionando en el país pocas empresas dedicadas exclusivamente al factoring.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero como se revisó anteriormente, permitía a las sociedades financieras a realizar operaciones de factoring. Para las empresas especializadas, no existía ley que les permitiera pero tampoco ninguna que les prohibía realizar factoring. Consecuentemente solo se facultaba a las Instituciones Financieras, ya que legalmente se podía entender que las IFIS eran las únicas autorizadas y al tratarse de una operación de crédito, tenía mucho sentido que así lo sea.

Sin embargo la Superintendencia de Compañías autorizaba por otro lado la constitución de compañías de este estilo. Lo cual generaba inseguridad a los factores, pues nadie sabía con exactitud si estaban actuando o no al margen de la Ley. Pero a la larga era una manera de legalizar estas prácticas para sociedades no financieras. Algunos de estos factores se amparaban en el principio comercial, de la costumbre que respalda por lo general a contratos atípicos.

En todo caso, desde hace mucho tiempo existe una inseguridad jurídica para las empresas especializadas. Afortunadamente el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero ha dado luces para revertir esta situación. Por un lado, el artículo 198 habla sobre las personas jurídicas no financieras que realicen operaciones de crédito, las cuales serán reguladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en otras palabras establece el ente regulador para este tipo de empresas. Por otro lado, está la disposición séptima reformativa del Código de Comercio ya analizada, donde se faculta a las empresas comerciales a realizar operaciones de factoring de manera exclusiva y habitual. Legalizando así este tipo de actividades para las empresas especializadas.

Lo que consolida un aspecto muy positivo para el desarrollo de factoring para este tipo de factores. De todas maneras el legislador queda debiendo un reglamento especial que regule todos los aspectos necesarios para operar, reglamento que se entiende se lo realizaría en un futuro por lo dispuesto por la reforma séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero donde dice que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera emitirá regulaciones del caso.

Es importante considerar algunos aspectos que se deberían normar en cuanto a este tipo de empresas. Uno de ellos es que para constituir un Banco según el Código Orgánico Monetario y Financiero, se requiere once millones de dólares, mientras tanto, una empresa especializada en el caso que sea una sociedad anónima necesitaría tan solo ochocientos dólares. Siendo una situación injusta ya que podría darse que una empresa de factoring muy exitosa emita más créditos que un Banco, con un capital social exageradamente menor.

Otro aspecto que se debe razonar, es que las Instituciones del Sistema Financiero tienen que someterse a controles rigurosos, hacer informes de todos sus cuerpos administrativos, tener auditoria interna así como externa, controles de lavado de activos, restricciones a los accionistas y miembros del Directorio entre otros factores que convierten a las Instituciones financieras en manejos complejos y costosos, mientras que a este tipo de empresas no se les exige casi nada a diferencia de los Bancos e igual realizan actividades financieras. Con esto no se pretende bloquear el desarrollo de estas empresas, sino equiparar de alguna forma los controles en aspectos relevantes, por ejemplo en temas de lavado de activos.

Se piensa que este tipo de empresas necesitan un tratamiento especial, al ser compañías que otorgan financiamiento. Eso no quiere decir que la Superintendencia de Compañías y Valores deje de ser el ente regulador, sino que esta institución instituya mecanismos para poder dar un tratamiento especial. Uno de ellos sería la creación de un RUF (Registro Único de Factores), al igual que en Colombia, donde estarían registrados todos los factores de esta especie. De esta manera se tendría un control adicional por el cual se pueda exigir ciertos

parámetros para su inscripción, como un capital mínimo de constitución o un seguimiento a las operaciones. Es decir, que exista control, pero que tampoco este sea excesivo.

La creación de las empresas especializadas de factoring plenamente reguladas permitiría la masificación del contrato, puesto que se ampliaría la oferta dentro y fuera del Sistema Financiero de un método de financiamiento no tradicional. El reglamento que emita al respecto la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera será fundamental para incentivar la creación de estas empresas y la difusión mediante la norma de una operación financiera poco utilizada en el Ecuador.

Recapitulando y evidenciando lo manifestado, en el Ecuador desde hace algún tiempo vienen operando empresas especializadas de factoring, incluso algunas de estas son miembros a la Asociación Internacional de Factoring, como es el caso de “Factor Logros Ecuador S.A.” una empresa que nace en el 2008 como filial de una empresa chilena, la cual ya tiene sucursales en ocho provincias del Ecuador, demostrando un amplio crecimiento en razón del tiempo. Tomando en cuenta que para ese entonces tampoco existía legislación acorde a estas empresas, pero al parecer la creación de la factura comercial negociable en nuestra legislación, instrumento de crédito con el que opera esta empresa, aparentemente incentivó la constitución de tan prospera compañía. Esta empresa ofrece los siguiente productos: dentro del factoring domestico al anticipo y al descuento, también ofrecen factoring a la recaudación, factoring internacional y factoring electrónico (Logros Factoring, 2014).

Otra de la compañías que se puede encontrar ofertando servicios de factoring es Gestomatic S.A. una empresa con sede en la ciudad de Guayaquil y filial de una compañía Norteamericana denominada *Gestomatic Inc.* Gestomatic S.A. ofrece asesoría financiera a su clientes, y estos pueden ser personas jurídicas que realicen ventas a crédito y cuenten con documentos de respaldo para realizar un contrato de factoring de carácter local o internacional. (Gestomatic, 2014)

3.8. SERVICIOS DE FACTORING QUE OFRECE EL SISTEMA FINANCIERO PÚBLICO Y PRIVADO.-

El contrato de factoring nació como una operación privada pero con el paso del tiempo el sector público se ha ido involucrando en este tipo de operaciones. Es más el mismo estado ha sido parte contractual, en factoring, con los famosos contratos de factoring petroleros celebrados en cinco ocasiones (1987, 2000, 2009, 2010 y 2011) en los cuales el Ecuador ha recibido anticipos por la venta de petróleo para obtener liquidez.

Los últimos contratos de factoring petrolero, de lo que se pudo investigar tuvieron las siguientes características:

Los convenios se celebraron entre las siguientes partes: por un lado los aliados Petroecuador en calidad de vendedor del crudo y el Ministerio de Finanzas ecuatoriano, en calidad de beneficiario de dicha venta; y por otro lado los aliados, el Banco de Desarrollo Chino en calidad de prestamista y factor y PetroChina en calidad de comprador del crudo.

El objeto de estos acuerdos, en un inicio comprenden de la compraventa de petróleo de Petroecuador a PetroChina por lo cual Petroecuador emitió las respectivas facturas de venta a plazo del petróleo. Petroecuador se comprometió a entregar el crudo por partes durante el plazo de los contratos que para los celebrados en el 2009 y 2011 fueron de 2 años y para el del 2010 fue de 4 años.

Una segunda parte de estos acuerdos es el factoring en sí mismo. Esto debido a la necesidad de liquidez del estado ecuatoriano. Para lo cual se vendieron las facturas de Petroecuador por la venta del crudo al Banco de desarrollo Chino quien paga anticipadamente en cuotas dichas facturas, estableciendo tablas de amortización para el pago de las cuotas y la generación de intereses a favor del prestamista. (El Comercio. 2009).

Dentro de las garantías, al principio, el colateral era el mismo crudo pero con el fin de obtener un respaldo adicional, el factor, solicitó al estado ecuatoriano que

se otorgue un poder especial a Petrochina, el cual le faculta en el caso de la falta de entrega del crudo, cobrar a cualquier socio internacional de Petroecuador el saldo faltante y de esta manera reembolsar a quien realizó el anticipo. Es decir, es una forma atípica de factoring con recurso, donde la garantía en vez de entregarse al factor se entrega a su cliente. En este pacto existe polémica en los intereses que cobran por los factores, pues hay especialistas que afirman que estos fueron muy altos. (El Comercio 2012).

De igual manera anteriormente se pudo ver que existen decretos ejecutivos que autorizan a ciertos ministerios a realizar operaciones de factoring. Investigando la oferta en cuanto a factoring podemos encontrar lo siguiente dentro del sistema financiero público y privado:

CFN:

La Corporación Financiera Nacional una institución financiera pública, ofrece el servicio de factoring tanto local como internacional. Da financiamiento a facturas que no superen 90 días plazo. Se establece además que el costo, es decir la tasa de interés anual, para el factoring local es entre 8.5% y 9.75% y para el internacional va de 7.5% a 8.75%. Adicionalmente se requiere llenar un formulario en donde se exigen una serie de requisitos como información financiera de la compañía. (CFN 2014).

A pesar de la oferta que se anuncia en su página web se pudo conocer que en la práctica no se encontraban realizando este tipo de servicios.

Banco de Guayaquil:

Por su parte, este banco que como se pudo ver previamente pertenece a la red internacional *Factors Chain International*. Ofrece servicios de factoring, por el cual se utilizan cualquier tipo de instrumento de crédito. Se requiere llenar una solicitud para contar con este servicio. Se realiza factoring local como internacional (Banco de Guayaquil 2014).

Banco del Pichincha:

Este banco no ofrece el servicio de factoring como tal, lo ofrece como “Descuento de Documentos Valorados”, que a la final termina siendo una operación de factoraje. Pues dice que se trata de una cancelación anticipada de las cuentas por cobrar de sus clientes, las cuales pueden ser facturas, letras de cambio o pagares, aplicando una tasa de descuento. Brinda dos tipos de modalidades, la de con responsabilidad en donde no se asume la insolvencia del deudor por lo tanto su cliente está en la obligación de devolver los valores anticipados y la de sin responsabilidad en donde el banco si asume el riesgo de insolvencia y realiza la cobranza. (Banco del Pichincha 2014).

Banco Bolivariano:

Este banco también ofrece los servicios de factoring, básicamente se refiere al anticipo de pago de facturas, a la gestión de cobranza de las mismas, acceso a información estadística y a la asesoría de selección de clientes. (Banco Bolivariano 2014).

3.9. ANÁLISIS DE ENTREVISTAS REALIZADAS SOBRE LA PRÁCTICA DEL CONTRATO DE FACTORING EN EL PAÍS.-

Con el fin de conocer el punto de vista de instituciones financieras y no financieras sobre cómo es la práctica del factoring en el País, se realizaron dos entrevistas, las cuales encontramos en el anexo de la presente investigación. A más de conocer su posición frente a esta figura, será un instrumento importante para poder encaminar las bases hacia una reglamentación del factoring.

3.9.1 Entrevista a Factor Logros del Ecuador S.A.-

La primera de estas entrevistas se la realizó a una funcionaria de una empresa especializada en factoring denominada Factor Logros del Ecuador S.A. De esta entrevista podemos destacar algunos puntos importantes:

En primer lugar, para esta empresa el principal obstáculo para el desarrollo de su servicio de factoring es el desconocimiento de la figura, lo cual es muy curioso

ya que al realizar este estudio se pensaba que el mayor obstáculo era la falta de un marco jurídico adecuado. Por lo cual, se evidencia una falta de capacitación y conocimientos de los ciudadanos, incluso de profesionales en materias relacionadas al factoring.

Sobre temas legales, esta empresa a través de su funcionaria piensa que se debe regular el porcentaje que las empresas de este tipo reciben como comisión por los servicios de factoring. Por otro lado, se pudo percibir que esta compañía tiene temor a la creación de nuevos impuestos que afecten estos servicios.

Otro punto a destacar es que esta empresa siempre opera con factura comercial negociable, la cual puede acompañar otros títulos de respaldo. A diferencia de las entidades financieras la funcionaria dijo que piden menos garantías. Lo cual puede tener sentido ya que por lo general los Bancos prefieren correr menos riesgos.

Es remarcable que la entrevistada mencione un aspecto muy importante y que puede generar debate, ya que dice que el factoring que ellos ofrecen a sus clientes no genera una deuda nueva, pero esa declaración no siempre sucede, ya que si la comisión y los intereses se pagan al final de la operación está generando deuda sobre esos valores.

Finalmente se pudo percibir que la empresa se encuentra en un crecimiento sostenido y acelerado, lo cual va acompañado al desarrollo de la figura en el país y hace ver un futuro muy prometedor al factoraje.

3.9.2. Entrevista a María Isabel Carillo.-

La segunda entrevista se la realizó a María Isabel Carillo, experta en temas de factoring, actualmente se encuentra trabajando para el Banco de Guayaquil. Un banco que como vimos anteriormente ofrece este tipo de producto y se encuentra afiliado a importantes asociaciones internacionales de factoring. Dentro de este servicio dice que este banco ofrece, factoring con recurso, factoring electrónico, y el “confirming” que como vimos en su momento, no es factoring sino es un servicio de gestión de pagos.

La entrevistada dice que el principal obstáculo para operar, es que a los clientes se le requiere garantías reales para firmar este tipo de contratos y mucha veces estos no tienen. Lo cual empata con la anterior entrevista donde se presenta como una ventaja para los factores no financieros el no requerir de este tipo de garantías. Por su parte, dentro de las ventajas que tienen los bancos frente a empresas especializadas en factoring, no responde directamente, pero de lo contestado se podría interpretar que los bancos tienen controles más rigurosos, lo que hace que el servicio sea de mayor calidad.

Sobre temas legales, María Isabel Carillo piensa que no se ha legislado mucho sobre factoring, por lo que se ha tenido que recurrir a normas supletorias, la costumbre y la doctrina.

Sobre las disposiciones que traen el Código Orgánico Monetario y Financiero dice que, este cuerpo normativo reconoce a las empresas comerciales como prestadores de servicios de factoring, pero de todas maneras aún no se regula propiamente al factoring. De igual manera piensa que una normativa especial debería regular temas como la estructura, formas de negocios, emisión, entre otras características, pero que estas normativas no deben ser muy controladoras ya que podría frenar este tipo de prácticas. Pensamientos con los que esta tesis coincide ya que el reglamento que se vaya a hacer, debe normar temas esenciales para evitar arbitrariedades pero esto no implica coartar la libre negociación y la masificación del factoring.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

4.1. CONCLUSIONES.-

Lo analizado en este trabajo permite visibilizar elementos necesarios para establecer algunas conclusiones que conforman un diagnóstico certero sobre los problemas que afronta el factoring en el país. De esta manera se puede proponer cambios en la legislación y dar pautas claras a quienes quieran involucrarse en un contrato en este campo. En el presente capítulo también se reafirmarán pensamientos surgidos a lo largo de la investigación como un aporte al tema en cuestión. Las conclusiones planteadas constituyen bases fundamentales para la estructuración de las recomendaciones que sugiere este estudio.

Se ha conocido que el factoring como un contrato que, a pesar de tener más de veinte años operando en el país de manera muy esporádica, no ha existido una ley que lo regule específicamente debiendo recurrir a leyes supletorias, consecuentes a una práctica y quizá incluso adaptadas a la doctrina.

Si bien se ha permitido el desarrollo de estas operaciones en el campo financiero, la crisis bancaria del Ecuador entre 1999 y 2000, afectó mucho la evolución del factoring en el país ya que importantes Instituciones Financieras quebraron (Filanbanco, Progreso); otras redujeron su capacidad de financiamiento y creció la desconfianza poblacional en ese orden. Entonces, no era buen negocio la compra de cartera pues el 98% de ella, de los 10 bancos en liquidación, tenía calificación "E"; es decir, casi incobrable. (Explored, 2008).

Esta situación desnudó el evidente vacío conceptual ilegal de esta figura. Por lo tanto es importante haber dado una definición clara y precisa del concepto de este contrato, como pauta referencial que aporte a la construcción de una reglamentación, al conocimiento sobre el factoring y a la difusión de estos hallazgos de interés ciudadano. A mayor información mayor consolidación del entendimiento y eficaz aplicación de la posible norma.

Otro aspecto de importancia fue clarificar ciertas dudas en torno al factoring compartidas por los autores consultados para este estudio. Entre ellas se descartó, el que las facturas fuesen pensadas como el único instrumento de crédito en juego y que la compraventa de cartera fuese un sinónimo de factoraje y, por otro lado, fue fundamental establecer las diferencias entre contratos mercantiles similares para evitar confusiones.

En lo que a financiamiento se refiere, se instituyó el corto plazo que caracteriza las operaciones en el contrato de factoring, dirigido especialmente a las medianas y pequeñas empresas. De todas maneras, este mismo *modus operandi* es apetecido por otros sectores productivos al ser una herramienta muy útil en la obtención de liquidez de empresas que no cuentan con un fuerte músculo y apalancamiento financiero.

En el segundo capítulo se evidenció que, curiosamente, el factoring nace como un contrato a nivel internacional. Sin embargo, la evolución de su demanda devino a un plano nacional prioritariamente. Por eso hoy en día es más común el factoraje local para salvar las abismales diferencias legislativas entre un país y otro y compensar la falta de comunicación oportuna en la realización de estas operaciones entre dos países distintos. No obstante, el factoring internacional se está reactivando en los últimos años, gracias a la inevitable globalización mejorada por la comunicación, la tecnología, el crecimiento comercial y la tendencia a unificar ciertas normas internacionales, todo lo cual hace augurar un futuro prometedor para esta figura.

Así, la regulación del derecho internacional es otro elemento trascendente que impulsará al factoring internacional. Un buen intento de unificación de las normas en este ámbito es la Convención UNIDROIT sobre Factoring internacional, así como otras convenciones y conferencias internacionales desarrolladas sobre este tema como mecanismo ideal de difusión global y la construcción de una regulación óptima y unificada. Finalmente sería de mucha utilidad la creación de asociaciones locales e internacionales de carácter público o privado de cooperación mutua que hagan un frente común ante organismos locales e

internacionales con el fin de proponer reformas y normativas que optimicen el desarrollo del factoring.

En este punto se evidencia la necesidad de celebrar, sin duda alguna, acuerdos comerciales y tratados de libre comercio como componentes importantes para el desarrollo del factoring. La integración de distintos países ayudará mucho para la homologación de las normas de factoring.

La ventaja ecuatoriana de contar con una moneda fuerte como es el dólar da más seguridad dentro de una operación de factoring entre diferentes estados, evitando la devaluación de los títulos de crédito.

En materia de Derecho Comparado, al consultar las diferentes legislaciones concernientes al factoraje se ha comprendido que la falta de una regulación clara sobre este contrato no es el único enemigo que enfrenta el factoring. Otros puntos en contra son la falta de conocimiento y la desconfianza sobre todo si se trata de países sudamericanos donde hay la costumbre de usar métodos tradicionales de financiamiento, versus la innovación en esta materia que produciría temor e inseguridad. Países como Francia y España carecen de regulación clara y específica, sin embargo se generan más operaciones que por ejemplo en Colombia donde la legislación ha regulado correctamente al factoraje. Sin embargo, el hecho de ser países en vías de desarrollo y presentar un esquema cultural diferente a Europa y Norteamérica como por ejemplo en el Ecuador, donde aún ciertas personas llegan a la rusticidad de no contar con una cuenta bancaria, de manejar únicamente dinero en efectivo y pagar todo al contado.

Hablando sobre la legislación local, se pudo apreciar que la Constitución de la República garantiza plenamente el desarrollo de actividades de factoring. De igual manera, el Código Civil establece las bases necesarias para poder celebrar contratos de este tipo.

En cuanto al Código de Comercio se identificó al inicio del estudio la falta de este contrato dentro de este cuerpo legal. Sin embargo, durante el desarrollo de la presente tesis se introdujo una reforma dentro del Código Orgánico Monetario y

Financiero, en la cual se incorpora este contrato como actividad de empresas comerciales en el Código de Comercio, más no se tipifica propiamente.

Por su parte, en Derecho Financiero se pudo constatar que el factoring fue regulado inicialmente por la Ley General del Sistema Financiero. Posteriormente lo reguló el Código Orgánico Monetario y Financiero, cuerpos legales que en cuanto a factoring mantienen las mismas disposiciones, las que autorizan indirectamente a las Instituciones Financieras a realizar factoring. La diferencia entre estas normas, radica en que el nuevo código da un enfoque comercial al factoring, facultando a las empresas comerciales a realizar esta actividad, que no equivale exactamente a regular la figura.

Precisamente al interior de las empresas especializadas en factoring, se pudo evidenciar que existe inseguridad jurídica, a pesar que desde septiembre de 2014 con la ya mencionada reforma del Código de Comercio se autorizó estas operaciones. De todas maneras no existe una normativa especial que permita a los factores realizar operaciones de factoring, con conocimiento de causa. Esto ha ocasionado más de una vez la abstención de emprender un negocio de esta naturaleza en el país. Lo expuesto no significa que las empresas especializadas de factoring estuvieran actuando de forma ilegal, ya que operaron con un contrato atípico que en ningún lado se lo prohibió.

Definitivamente las empresas especializadas de factoring se irán abriendo campo a medida de obtener seguridad jurídica y de existir, por parte de la ciudadanía, mayor conocimiento y confianza en empresas de esta naturaleza. Su regulación las protegerá de personas jurídicas y naturales que se dediquen a estas operaciones de forma ilegal, las cuales distorsionen el mercado por el cobro de comisiones e intereses desproporcionados e ilegales. Es indispensable, de igual manera, que estas instituciones profesionalicen los servicios ofrecidos, puesto que al existir pocas empresas especializadas en este tipo de negocio se reduce la calidad en los servicios. La competencia obliga a brindar calidad a menor costo.

Queda claro que dentro del sector público como privado existe poca oferta como demanda; lo que encarece este servicio. La escasa oferta que hay carece, la mayoría de veces, de información suficiente. Los operadores telefónicos de las instituciones financieras desconocen, en algunos casos, la figura que están “ofreciendo”.

Por otro lado, es necesario establecer que la figura del factoring no siempre es conveniente para todo tipo de empresas. Es deber de los factores asesorar a su cliente si le conviene o no entrar en este tipo de operación. Todo dependerá del flujo y operaciones particulares de cada empresa.

Se concluye que el factoring es una herramienta financiera que frente a otros métodos ofrece algunas ventajas por ser un crédito inmediato, incluidos algunos servicios complementarios y que a cambio solo se requiere ceder un título de crédito. Dadas las oportunidades de este servicio se cree que es indispensable una regulación completa y eficaz para esta figura, a fin de generar prosperidad en la ciudadanía, dinamizar el mercado financiero y adicionalmente erradicar financiamientos ilegales que todavía operan en el país.

4.2.- RECOMENDACIONES.-

Es necesario aclarar que las recomendaciones dadas a continuación tendrán el objetivo de poder contar con todos los elementos y bases esenciales para que el contrato de factoring tenga su propia regulación especial. El presente estudio pretende resolver los problemas que afronta la operación del factoring en el país a través de algunos planteamientos que muy pronto se puntualizaran.

El primer paso que se debe dar, es que el gobierno socialice los temas financieros en todos los sectores de la población, sobre todo al sector empresarial a través de informativos, conferencias, en universidades, entre otros, que puedan dar a conocer los productos financieros como el factoring, de esta manera diversificar las opciones de financiamiento para la población. Esto responde a que se pudo identificar como un problema a la falta de conocimiento

de la figura. El conocimiento del factoring ayuda a que una regulación especial pueda ser aplicada y entendida por todos.

Por supuesto que esta educación del factoring así como la de otros productos financieros a la sociedad en general debe comprender de un proceso a largo plazo. Es predecible que a corto plazo va a ser muy difícil que las personas conozcan a profundidad de la figura, no se puede de la noche a la mañana entender una figura tan compleja como el factoring. Por lo que se debe contar con un proceso estructurado el cual pretenda obtener resultados positivos en cuanto al poder de información que tengan los ciudadanos para tomar una decisión al momento de requerir financiamiento.

Es recomendable también que el sector privado que se dedica a la prestación de este servicio haga su parte. Es decir, al ser los más interesados para que este tipo de negocios fluya, deberían ser los primeros en promover conferencias e informar de la manera más clara y precisa el producto que están ofertando. De igual manera capacitando mejor a su personal.

Una gran iniciativa de este sector, especialmente de las empresas especializadas de factoring sería, la creación de una asociación o federación de factoring ecuatoriana. Una unión que logre objetivos comunes entre los prestadores del servicio de factoring, que hagan un frente común para poder exigir sus derechos ante el estado y poder lograr importantes alianzas con grupos similares de otros estados y asociaciones internacionales. De esta manera compartir información la cual permita que la figura sea más eficiente y eficaz. Todo lo cual se vea reflejado en una óptima regulación y aplicación del factoring en el país

Se sugiere que, para que el Ecuador tenga respaldo legal en transacciones que se realicen de factoring internacional, es indispensable que se adhiera a la organización UNIDROIT y aplique sus convenciones especialmente la de factoring que es la que más interesa al presente estudio.

Se debe fortalecer la participación de empresas ecuatorianas dentro de la FELAFAC e invitar a más factores de países latinoamericanos a integrarse. De

la misma manera, se debe incentivar y participar como estado y sector privado a las conferencias internacionales que traten al factoring. Eso en cuanto al acceso de mayor información en temas locales e internacionales.

Mientras que la desconfianza del factoring, problema que muchas veces puede tener la gente, para este tipo de financiamiento es complicado dar una solución concreta, ya que requeriría de modificar la cosmovisión de la sociedad. Sin embargo, la historia ha demostrado que si se puede hacer, pues como se revisó en el primer capítulo, en Estados Unidos a inicios del siglo XX la figura tenía una mala imagen. La confianza se gana de a poco y es responsabilidad de los factores que hagan un buen trabajo y sirvan de la mejor manera a su cliente para que dentro de algunos años esa confianza sea ganada.

El principal aspecto que reafirma esa confianza es la seguridad jurídica. Para lo cual a un mediano plazo se requeriría contar con una regulación especial de factoring. ¿Por qué a un mediano plazo? Porque a un corto plazo es muy difícil hacer un reglamento bien hecho el cual, cubra todas las aristas y al cual se lo haya debatido lo suficiente. Mientras que a largo plazo es mucho tiempo para la cubrir la necesidad de tener lo más pronto posible las reglas claras de juego. El mediano plazo que se habla estaría comprendido entre uno y dos años como tope.

La regulación que se supone que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera está en la obligación de normar, se interpreta que va estar dirigida solo para las empresas comerciales que realicen esta actividad, sin embargo sería ideal que se regule a la figura de una manera global. Como el Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring de la legislación peruana que se analizó en su momento.

El reglamento que se vaya a implementar en el Ecuador debe definir bien los conceptos de factoring, las partes que están involucradas, los títulos de crédito sujetos a la transferencia en estas operaciones y la forma en que estos deben ser transferidos. Debería mencionar en qué casos se debe notificar a los

deudores esta cesión de créditos así como las garantías permitidas en el caso de un factoring con recurso.

Se debe definir si el contrato puede ser verbal o escrito, a lo que se sugiere que se establezca que siempre se haga por escrito y con sus debidas especificaciones para que sea más fácil resolver diferencias e interpretarlo, en caso de controversias. En este aspecto se debe prohibir los contratos de adhesión.

Además se debería instituir que modalidades de factoring se pueden hacer, considerando por ejemplo al *e-factoring* como mecanismo de operación. Así como también los servicios complementarios que los factores pueden ofrecer a sus clientes.

En otros temas, este reglamento le correspondería instaurar que tipos de factores pueden existir ya sean empresas especializadas, entidades financieras o de economía popular solidaria y de esta manera establecer los entes controladores de cada una que correspondientemente serían: la Superintendencia de Compañías y Valores; La Superintendencia de Bancos; y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. El control que se ejerza sobre estas operaciones debe ser muy cuidadoso en caer en excesos absurdos que conduzca a limitar este el libre desenvolvimiento del factoraje.

Al mismo tiempo, se debe detallar el proceso de constitución de las empresas especializadas, en el cual debería mencionar el capital social mínimo, que tipo de compañía estaría autorizada a realizar factoring, que debe contener el objeto social, entre otros. Sería bueno que el estado para incentivar este tipo de negocios establezca incentivos tributarios.

Se recomienda la constitución de un Registro Único de Factores (RUF) emulando a la legislación colombiana con el fin de evitar que personas jurídicas o naturales no autorizadas realicen este tipo de operación. Este registro de igual manera ayudaría a que la Administración Pública esté al tanto de las cifras en factoring y así poder encaminar las políticas que mejoren este servicio.

Se debe disponer que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera cada año establezca los rangos de intereses que se pueden cobrar en este tipo de financiamiento. En cuanto a las comisiones o el costo de la operación es fundamental que el mercado sea quien fije estos montos por lo que quedaría a la libre disposición de las partes.

Una sugerencia adicional que se propone, es que las empresas especializadas de factoring, deberían contar con un Oficial de Cumplimiento el cual reporte a la Unidad de Análisis Financiero, del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos con el fin de evitar y prevenir el delito de lavado de activos. De la misma manera es indispensable que se mencione que los factores en general se sujeten al resto de disposiciones que la Ley disponga para cada tipo de entidad.

En definitiva, se propone una regulación la cual no limite u obstruya el uso de la figura, sino que de seguridad jurídica, evite arbitrariedades, incentive y se conozca este tipo de operaciones con el fin de tener una alternativa viable de financiamiento especialmente para las personas que se encuentren emprendiendo un negocio, generando así un panorama alentador para la inversión interna y externa, beneficiando a los consumidores y productores del país. Además de impulsar una actividad que aportaría al aumento del PIB nacional.

Referencias

Acuerdo Ministerial 203 (2008), Quito, Ecuador, Registro Oficial No. 433 de 25 de septiembre del 2008.

Arce Gargollo Javier (2002). Contratos Mercantiles Atipicos, Mexico D.F.: Editorial Porrúa.

Asociación Latinoamericana de Factoring (2014). Asociación Latinoamericana de Factoring. Recuperado el 06 de noviembre del 2014. <http://www.felafac.com>

Banco Bolivariano (2014). Factoring. Recuperado el 31 de diciembre de 2014. <http://www.bolivariano.com.ec/es/banca-pyme1/sat-banca-pyme/factoring-banca-pyme.html>

Banco de Guayaquil (2014). Factoring. Recuperado el 27 de noviembre de 2014. <http://www.bancoguayaquil.com/responsive/empresas/financiamiento/factoring.asp>

Banco Mundial (2013). Ecuador el país en datos. Recuperado el 08 de diciembre del 2014. <http://www.bancomundial.org/es/country/ecuador>

Banco Pichincha (2014). Descuento de Documentos Valorados. Recuperado el 04 de diciembre de 2014. <https://www.pichincha.com/portal/Banca-Empresas/Pymes/Pichincha-Creditos/Descuento-de-Documentos-Valorados>

Berrio Douglas (1984). La operación de factoring en el derecho colombiano, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Cevallos Víctor (2011). Manual de derecho mercantil. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

CFN (2014) Factoring local e internacional. Recuperado el 27 de noviembre de 2014. http://www.cfn.fin.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=658&Itemid=573

CIRCULAR No. NAC-DGECCGC13-00002 (2013). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 925 del 03 de abril del 2013.

Circular 3-435 SBIF. (2008) Santiago, Chile: Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras 21 de abril del 2008.

Código Civil. (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 46 del 24 de junio del 2005.

Código de Comercio. (1885). Madrid, España: BOE No. 289 del 16 de octubre de 1885.

Código de Comercio. (2011). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1960.

Código Orgánico Monetario y Financiero (2014). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre del 2014.

Constitución de la Republica. (2008) Quito, Ecuador: Registro Oficial No.449 del 20 de octubre del 2008.

Convenio de Cooperación Técnica Corporación Financiera Nacional y el Banco del Estado de Chile (2010), Quito, Ecuador: Registro Oficial 05 de Marzo del 2010.

Decreto 672. (2009) Bogotá, Colombia: Diario Oficial 47283 de marzo 6 de 2009.

Decreto 2669. (2012). Bogotá, Colombia: Diario Oficial 48651 de diciembre 21 de 2012.

Decreto 3327. (2009). Bogotá, Colombia: Diario Oficial 47.462 de septiembre 4 de 2009.

Decreto Ejecutivo 1793 (2004), Quito, Ecuador, Registro Oficial 365 de 28 de junio del 2004.

El Comercio (2009) La venta de PetroChina tomó tres meses. Recuperado el 30 de diciembre de 2014. <http://www.elcomercio.com/actualidad/venta-petrochina-tomo-tres-meses.html>

El Comercio (2012) Condiciones chinas, al descubierto. Recuperado el 17 de febrero de 2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/negocios/condiciones-chinas-al-descubierto.html>

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (1993). Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993.

Etcheverry Raúl Aníbal (1995). Derecho Comercial y Económico. Buenos Aires, Editorial Astra de Ricardo de Palma.

Explored (2008). Bancos cerrados con cifras en rojo. Recuperado el 09 de febrero de 2015. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/bancos-cerrados-con-cifras-en-rojo-301299.html>

Factors Chain International (2014). Resumen Anual 2014. Recuperado el 24 de noviembre de 2014. http://www.fci.nl/pdf/annual_review_2014.pdf

Federación Internacional de Factoring (2014). Federación Internacional de Factoring. Recuperado el 06 de noviembre del 2014. http://www.factoring.org/index.cfm?page=information_about

Gestomatic S.A. (2014). Gestomatic S.A. Recuperado el 24 de Noviembre del 2014. http://www.gestomatic.com/factoring_nacional.html

Gherzi Carlos (2006). Contratos civiles y comerciales, Buenos Aires:Editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma.

Ley 1 (1999|). Madrid, España: BOE No. 5 Del 06 de enero de 1999

Ley 3 (1994). Madrid, España: BOE No. 90 del 15 de abril de 1994.

Ley 454. (1998). Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998.

Ley 1231 (2008). Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 47.053 de 17 de julio de 2008.

Ley 19.983. (2004). Santiago, Chile: Diario Oficial 15 de diciembre del 2004.

Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 498 del 31 de diciembre del 2008.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (2013). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001.

Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. (2013). Lima, Perú: Diario Oficial No. 26702 del 24 de diciembre del 2013.

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria (2011) Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo del 2011.

Ley que promueve el financiamiento a través de la Factura Comercial. (2012). Lima, Perú: Diario Oficial 29623 del 23 de diciembre del 2012.

Logros factoring (2014). Factor Logros Ecuador S.A. Recuperado el 21 de noviembre de 2014. <http://www.logros.ec/nosotros.asp>

Marre Velasco Agustin. (1995) Contrato de factoring. Santiago: Editorial jurídica Chile.

Mulford Carbonell Felix Arturo. (1980). Algunas anotaciones sobre el contrato de factoring Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Mestrot, Hualde, Laroumet y Lemouland (2006). Código Civil. Recuperado el 02 de noviembre del 2014. www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

Ramírez Carlos (2008). Cursos de legislación mercantil, Loja: Industrial GraficAmazonas

Reglamento de Comprobantes de Retención y Documentos Complementarios (2013). Quito, Ecuador: Registro Oficial No.877 de 23 de enero del 2013.

Reglamento de factoring, descuento y empresas de factoring. (1998). Lima, Perú: Resolución SBS No 1021-98 del 01 de octubre de 1998.

Resolución No CNV-001-A-2009 (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial No.630 de 09 de julio del 2009

Revista Líderes (2013). La pequeña y mediana empresa se apalancan en el factoring. Recuperado el 08 de diciembre del 2014. http://www.revistalideres.ec/mercados/eempresa-factoring-facturas-Pymes-PIB_0_989901019.html

Rodríguez Sergio. (1990). Contratos Bancarios Su significación en América Latina. Bogotá: Biblioteca Felaban.

Ruddy Noel, Mills Simon, Davidson Nigel. (2006). Salinger on Factoring, Londres: Sweet & Maxwell Limited.

UNIDROIT (1996). CONVENCION DE UNIDROIT SOBRE FACTORING INTERNACIONAL Recuperado el 02 de noviembre del 2014 <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1988factoring-convention-sp.pdf>

UNIDROIT (2014). Sobre UNIDROIT. Recuperado el 06 de noviembre del 2014. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

Vicente y Gella Agustín (1986). Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo, Zaragoza, Institución Fernando el Católico.

Villegas Carlos Gilberto. (2005). Contratos Mercantiles y Bancarios. tomo II. Buenos Aires: Su gráfica.

ANEXOS

Factor Logros del Ecuador S.A. entrevista a la señora Adriana Marcalla persona encargada de Servicio al cliente en la ciudad de Quito.

1. ¿Cuáles son los principales obstáculos para el desarrollo del factoring en su institución?

“... básicamente el principal obstáculo es el desconocimiento de la figura de factoring que existe todavía en nuestro país.”

2. ¿Piensa que la actual legislación permite que el factoring se desarrolle con naturalidad?

“Si porque todavía no se han puesto trabas de pronto fiscales para que nosotros podamos desarrollar el producto que manejamos.”

3. ¿Factor Logros del Ecuador S.A. en calidad de factor en un contrato de factoring acepta toda clase de títulos de crédito para realizar el financiamiento?

“Si, nosotros manejamos letras de cambio, pagares, cheques posfechados, siempre y cuando tengan como respaldo una factura comercial.”

4. El Código Orgánico Monetario y Financiero, trae una disposición reformativa del artículo 201 del Código de Comercio en el cual se faculta a empresas comerciales a realizar operaciones de factoring, y posteriormente se dice que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera emitiría un reglamento especial para este tipo de compañías ¿Qué aspectos piensa que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera debe regular tomando en cuenta que Factor Logros del Ecuador S.A. es una empresa comercial que realiza factoring?

“Inicialmente el tema financiero que se debería topar es el porcentaje, tomando en cuenta que ahora el porcentaje que manejamos, es un

porcentaje en donde nosotros ofrecemos a nuestros clientes eficacia y exigencia que nosotros entregamos. Adicionalmente, tener en cuenta que nosotros no somos una empresa que permite que el cliente tenga endeudamiento más bien el cliente siempre va a tener liquidez en función de sus cuentas por cobrar.”

5. ¿Cuál es la ventaja que ofrece una empresa especializada en factoring frente a una Institución Financiera que realiza operaciones de factoring?

“Bueno tenemos algunas ventajas, entre estas es que nosotros no discriminamos los potenciales compradores que tiene cada uno de nuestros clientes, adicional a esto negociamos facturas puras, así como cheques posfechados en comparación con las entidades financieras únicamente lo que hacen es negociar cheques posfechados, otra de nuestras ventajas es que no pedimos garantías reales”

6. ¿Qué perspectivas piensa que tiene el factoring en el país dentro de las Empresas Especializadas en Factoring?

“El factoring es una herramienta financiera que en su momento va a hacer un boom en el Ecuador cuando las personas conozcan de esta herramienta, nosotros tenemos una perspectiva muy amplia a cerca de lo que va a ser en el Ecuador esta herramienta operacional como lo es el factoring. Inicialmente estamos manejando más de 8 agencias a nivel del Ecuador y esperamos ampliar por lo menos 3 en Quito.”

Entrevista a María Isabel Carrillo, experta en temas de factoring, actualmente es funcionaria del Banco de Guayaquil.

- 1.- ¿Qué modalidades de servicio de factoring ofrecen a sus clientes?

“Ofrecemos confirming que es un factoring electrónico de facturas para las Grandes Empresas contra sus proveedores y Factoring con recursos”

2.- ¿Cuáles son los principales obstáculos para el desarrollo del factoring en su institución?

“Operamos con clientes que tienen líneas de crédito para operar con estos productos de factoring, y por la cual deben tener una garantía real, el inconveniente podría estar en caso de que un cliente no tenga garantías para respaldar su línea de crédito para operar con el Banco.”

3.- ¿Piensa que la actual legislación permite que el factoring se desarrolle con naturalidad?

“De forma histórica, el factoring ha sido y sigue siendo una actividad que si bien es reconocida en nuestro medio, no ha sido mayormente legislada; y la poca legislación existente, es en reiteradas ocasiones vaga, dispersa y depende en gran manera de normas supletorias, análogas al tema, lo que origina dudas sobre cómo proceder. Esta situación, ha llevado que para los casos de factoring que se presentan en el país, se acuda a la costumbre mercantil o la doctrina, que como sabemos son fuentes supletorias del derecho.”

4.- ¿Cuál es la ventaja que ofrece una Institución Financiera frente a una Empresa Especializada en factoring?

“Los bancos es una institución financiera controlado por la Superintendencia de Bancos con las leyes que tiene que cumplir como Banco, en cambio las compañías de factoring se rigen por la Superintendencia de Compañías que tiene otros mecanismos de control distinto a los bancos”.

5.- ¿Está de acuerdo con la reforma que trae el Código Orgánico Monetario y Financiero, en donde se faculta a empresas comerciales a realizar operaciones de factoring? ¿Por qué?

“Lo que ha hecho el Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF) es aclarar una inquietud sobre quiénes estaban facultados en el Ecuador a realizar operaciones de factoring, quedando las compañías de comercio “oficialmente” habilitadas; aunque en la práctica dicho sector venía realizando operaciones de factoring desde hace mucho tiempo atrás. Finalmente, es de anotar que el Código no entra a regular propiamente la actividad lo que quedaría como una potestad de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.”

6.- ¿Qué aspectos piensa que debería regular una normativa especial de factoring?

“Existen bastantes aspectos del factoring que merecen una definición legal, ya que, según lo mencionado anteriormente, la legislación acerca de esta actividad tiene muchas lagunas. Sí es necesaria una ley especial que regule de manera integral el factoring como una actividad mercantil y financiera, estableciendo parámetros referentes a su estructura, forma de comercialización de las facturas, emisión, aceptación, características, atribuciones, entre muchos otros, que al momento se encuentran tratados de manera dispersa, entre diferentes cuerpos legales, o que bien no son tratados. Sobre todo ahora que las empresas comerciales están también facultadas para incurrir en esta actividad, lo que aumentará significativamente el flujo del negocio de la comercialización de facturas. Sin embargo, el legislador deberá ser cuidadoso debido a que sería aún más perjudicial una normativa que sea controladora en exceso; que termine por restringir una actividad que debería ser esencialmente de derecho privado.”