

**UNIVERSIDAD CATOLICA SANTA MARIA
ESCUELA DE POST GRADO**

DOCTORADO EN DERECHO



**LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN EL PERU: CASO
FACTORING EN AREQUIPA EN EL 2008-2009**

**Tesis presentada por la Magíster:
MARIA AUGUSTA CAMACHO ZEGARRA
para Optar el Grado Académico de Doctor
en Derecho**

**Arequipa – Perú
2010**

"La adecuación de la norma jurídica al fenómeno social y económico no puede basarse sino en la investigación jurídica, en el profundo estudio doctrinario, en la meditación integral sobre los problemas políticos, y sociales, cautelando la vigencia de los valores protegidos por el Derecho (justicia, igualdad, solidaridad, seguridad jurídica), con una perspectiva histórica, sociológica, filosófica y de búsqueda del predominio de la razón sobre la arbitrariedad"

HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE

*Temas de Derecho Financiero, Bancario
y Bursátil, Edit. San Marcos, Lima, 1998*



DEDICATORIA

A la memoria de mi padre, David, fuente de virtudes.

A mi madre, Augusta, por su abnegada dedicación y cariño.

A mis hijos, Carlos Andrés, Nicolás y Joaquín.

LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN EL PERU: CASO FACTORING EN AREQUIPA EN EL 2008

Indice

Resumen	6
Abstract	8
Introducción	10

Capítulo I

Contratos Innominados

1.- Contratos Innominados.....	12
1.1 Tipicidad.....	16
1.2 Diferencias entre contratos innominados y atípicos.....	21
1.3 Contratos innominados y su adaptación a la realidad Social y económica.....	25
2.- Normas aplicables a contratos atípicos e innominados.....	34
2.1 Antecedentes Legislativos	39
2.2 Vacíos Legales	42

Capítulo II

Algunos Contratos Innominados

1.- Algunos contratos Innominados.....	48
1.1 Fideicomiso.....	48
1.2 Leasing.....	54
1.3 Underwriting.....	59
1.4 Franquicia.....	64
1.5 Contratos de Derivados	68
1.5.1 Forward.....	70
1.5.2 Contratos de futuros.....	74
1.5.3 Contrato de opción.....	76

1.5.4 Swaps.....	79
1.6 Commodities.....	85
1.7 Outsourcing.....	89
1.8 Management.....	91
1.9 Contratos electrónicos.....	95
1.10 Contratos informáticos.....	104
1.11 Contratos de Esponsorización.....	112

Capítulo III

Contrato de Factoring en Arequipa

1.- El contrato de Factoring.....	119
1.1 Operatividad.....	124
1.2 Incidencia del contrato de Factoring en Arequipa en el año 2008.....	127
1.3 Relevancia económica para Arequipa y el Perú a partir del Contrato de Factoring.....	136
Conclusiones	161
Recomendaciones	163
Fuentes de Información	
.Bibliografía	165
.Hemerografía	169
.Informatigrafía	169
Anexos	
Anexo1 – Proyecto de Investigación	170

Resumen

Llama la atención la facilidad con que se pueden confundir los contratos Innominados, Atípicos o Modernos, ya que esta denominación se usa indistintamente para todos aquellos contratos que han sido recogidos por distintos autores, y que no corresponden a un patrón tradicional de la clasificación de contratos, o porque simplemente no se encuentran regulados ni en el Código de Comercio o en el Código Civil, que son los textos legales en los cuales se encuentran la mayor cantidad de contratos denominados Típicos.

El motivo del primer capítulo de este trabajo de investigación, es justamente aclarar el por qué de la utilización de diferentes denominaciones y si esta responde o no a una clara diferenciación o simplemente se trata de un problema semántico.

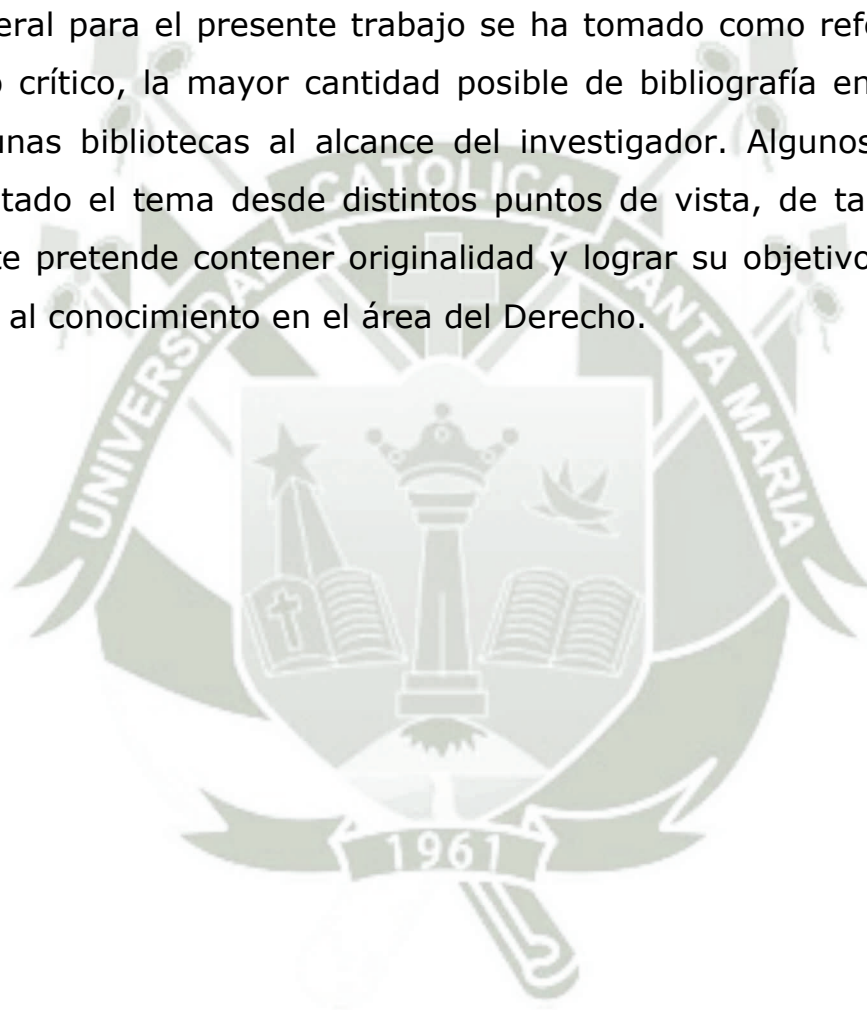
El segundo capítulo trata básicamente de especificar cuáles serían los contratos innominados. Pocos autores han tratado de clasificarlos y hacer un listado Numerus clausus ¹ y en algunos casos éstos han sido tratados parcialmente, de tal manera que en este trabajo hemos intentado considerar por lo menos la mayoría de los que en nuestro país son más utilizados, sin por ellos considerar que se ha logrado tener en cuenta a todos.

El tercer capítulo se ocupa básicamente de un contrato innominado en particular, se trata del Factoring que resume una serie de actividades económicas y de naturaleza mercantil favoreciendo de esta manera el flujo de agentes económicos, favoreciendo a todos los

¹ **Numerus clausus** es una locución latina de uso actual que significa literalmente "número cerrado, limitado". <http://es.wikipedia.org/wiki>

que participan de él. Este capítulo busca de alguna manera determinar si es relevante o no para la economía en la ciudad de Arequipa, luego de pasar por el análisis de su incidencia en esta ciudad en el año 2008. Habiendo concluido que en realidad no se viene aplicando óptimamente, más aún si se toma en cuenta las innumerables ventajas que podrían obtenerse de su aplicación especialmente en el desarrollo empresarial.

En general para el presente trabajo se ha tomado como referencia o aparato crítico, la mayor cantidad posible de bibliografía encontrada en algunas bibliotecas al alcance del investigador. Algunos autores han tratado el tema desde distintos puntos de vista, de tal manera que éste pretende contener originalidad y lograr su objetivo, cuál es aportar al conocimiento en el área del Derecho.



Abstract

What is striking is the ease with which contracts can be confusing Innominados, or atypical than Moderns, as that term is used indiscriminately for all those contracts that have been collected by different authors, and do not correspond to a traditional pattern of classification of contracts or simply because they are not regulated or in the Commercial Code or the Civil Code, which are legal texts which are the largest so-called typical.

The motive of the first chapter of this research is to clarify precisely why the use of various designations and whether or not this response to a clear differentiation or simply a question of semantics.

The second chapter is basically specify what contracts innominados. Few authors have tried to sort through and make a list Numerus clausus, and in some cases these have been partially treated, so that in this work we have attempted to consider at least the majority of those in our country are used, without considering that they have been taken into account at all.

The third chapter deals essentially a contract innominado in particular is the Factoring summarizing a number of economic activities of commercial nature and thus facilitating the flow of economic operators, encouraging all who participate in it. This chapter seeks to somehow determine whether or not it is relevant to the economy in the city of Arequipa, after going through the analysis of their impact on this city in 2008. Having concluded that in reality not been implemented optimally, especially if one takes into account the countless benefits that could accrue from its application especially in business development.

In general this work has been taken as a reference or critical apparatus, the maximum amount of literature found in some libraries available to the investigator. Some authors have addressed the issue from different points of view, so he seeks original content and achieve its objective, which is to provide knowledge in the area of law.



Introducción

Cuando por razones de mi labor docente empiezo a investigar sobre algunos contratos innominados que debía conocer a profundidad, me llamaba la atención como por lo general éstos, se aplicaban exitosamente en realidades en las que se favorecía enormemente el desarrollo económico. Esto generaba una inquietud personal, en el afán de proponer alguna alternativa que hiciera posible mejoras en el desarrollo económico de más personas en nuestro país.

La primera cuestión era simple: por qué estos contratos no están regulados, tipificados, y consecuentemente, aún desconocidos, especialmente en lo que a aplicabilidad se refiere, y la segunda más compleja, por qué no utilizar aquellas herramientas que el derecho moderno nos ofrece, para obtener alternativas que pueden solucionar grandes problemas de necesidad de recursos económicos.

Ya no se trataba pues, de un trabajo académico puramente teórico, sino que trascendía a la praxis con la finalidad de conocer lo que sucedía en el ámbito financiero y empresarial con respecto a estos contratos. La sorpresa fue grande y justamente en ésta radica la riqueza de este trabajo, que puede ser de corte académico pero que también puede aportar en gran medida al desarrollo económico de nuestro país.

Es necesario pues, seguir la secuencia del trabajo de investigación que en primera instancia promueve conocer y distinguir claramente lo que son los contratos innominados, el por qué no cuentan con un nombre, o con una ubicación en alguna especialidad del derecho, o con una tipicidad considerada como tal. Posteriormente, analizamos la mayoría de ellos para conocerlos mejor en cuanto a su operatividad y beneficios, para llegar finalmente al contrato de Factoring que es

simplemente uno de los elegidos por considerarlo más atractivo para la propuesta que tenemos y especialmente por el desconocimiento que existe en torno a éste, aún pese a los esfuerzos del legislador de incluirlo en alguna y otra norma de tímida manera.

Espero con este trabajo hacer un humilde aporte desde mi proyección al Derecho y a la economía de nuestra querida Arequipa y país en general.

María Augusta Camacho Zegarra



CAPITULO I

Contratos Innominados

1.- Contratos Innominados

Se considera al Doctor Manuel De la Puente y Lavallo, como uno de los juristas que ha tratado con mayor profundidad el tema de Contratos, su obra más importante así lo confirma². Citado en numerosas oportunidades por el Doctor Mario Castillo Freyre en un trabajo conjunto con Erika Céspedes Suzuki, sobre las Características del Contrato Médico; lleva a la reflexión sobre el tema de la clasificación general de los contratos, a quien Castillo Freyre considera "la clasificación más completa de la que se tenga conocimiento"³, así también a un análisis sobre la diferencia al parecer no sólo semántica de los contratos innominados, atípicos o modernos.

Sin embargo, el Dr. Manuel De La Puente y Lavallo⁴ se refiere al cambio del término "atípico" como uno de carácter puramente formal, al indicar que en el segundo proyecto⁵, el art.1320 sustituye la palabra "atípicos" por la de "innominados", con lo cual se encontrarían ambos equiparados.

² DE LA PUENTE Y LAVALLO, Manuel, *El Contrato en General*, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003.

³ CASTILLO FREYRE, Mario, CESPEDES SUZUKI, Erika, *Características del Contrato Médico*, www.castillofreyre.com

⁴ Op.Cit. p.150

⁵ Se refiere el Doctor De La Puente y Lavallo al Proyecto del Código Civil que fue puesto a disposición de la Comisión Revisora para que introdujera las reformas que estimara pertinentes. Esta Comisión redactó un nuevo proyecto, denominado por el autor citado, como el Segundo Proyecto, el cual introdujo interesantes reformas y fue publicado en febrero de 1984. Finalmente por D.Leg.295 de 14 de julio de 1984 se promulgó en base a éste el Código Civil vigente. Op.Cit. p.22

Al respecto, queda claro entonces, que el Primer Proyecto del Código Civil que analizamos y que se encuentra vigente desde 1984, se refiere a contratos **típicos y atípicos**, y que se empieza a hablar de contratos **nominados e innominados**, como términos sustitutorios.⁶

Pero esta simple afirmación, debe ser materia de una profunda investigación, ya que muchos autores denominan a los contratos que no son típicos, como innominados, atípicos o modernos indistintamente llevando a confusión.

A decir de Walter Gutiérrez Camacho⁷ el legislador más imaginativo no ha podido superar la realidad comercial, por eso el repertorio de contratos típicos o nominados como los llama el Código Civil, es limitado frente al número y variedad de los contratos atípicos utilizados en el ámbito comercial y empresarial.

Para entender a qué se denomina contrato innominado, tendríamos que saber que el contrato que está expresamente previsto en el ordenamiento jurídico positivo, recibe el nombre de contrato nominado y su origen se remonta al Derecho Romano, y es pertinente hacer notar que constituye un error generalizado identificar los contratos nominados con los típicos y los contratos innominados con los atípicos. Así lo señala Juan Bautista Jordano, citado por Carlos Cárdenas Quirós⁸ al indicar que contrato innominado equivale a contrato que no tiene un *nomen juris* en el sistema de la ley, lo cual depende a su vez, del hecho de no tener o

⁶ Op. Cit. p.151

⁷ GUTIERREZ CAMACHO, Walter, Los Contratos Atípicos, en *Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001.

⁸ CARDENAS QUIRÓS, Carlos, El Leasing o Arrendamiento Financiero, Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Contratación, Tomo IV, No.39, ASEDORANDINA, Lima.

pertenecer a una determinada disciplina.⁹ Ahora, como señala Cárdenas Quirós, el hecho de no pertenecer a una determinada disciplina, es lo esencial del concepto, porque tener un *nomen* no basta por sí solo para convertir en legalmente típico un determinado negocio. Por otro lado, así también lo señala Cárdenas Quirós, es posible que contratos sin *nomen juris* cuenten con particular disciplina y que por tanto, a pesar de ser innominados, sean típicos. Es decir, en el Derecho Romano clásico, no se conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una *actio* homónima.¹⁰

En las *Institutas* de Gayo, se realiza una clasificación taxativa de los contratos¹¹ y fuera de éstos cualquier otro acuerdo no constituiría obligaciones, careciendo por tanto de acciones para su tutela. Entre el siglo II y III d.C., se admitieron algunas instituciones que dieron la tutela del Derecho Civil a otros acuerdos que no formaban parte del grupo de los contratos típicos, si estaban justificados por una adecuada causa.¹²

Es en el Código Civil italiano de 1942 donde se introduce el cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden “concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular” y de esta manera, se introduce así la denominación legislativa de contrato “típico”.

⁹ Op.Cit.

¹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario, CESPEDES SUZUKI, Erika, Características del Contrato Médico, www.castillofreyre.com

¹¹ MONCAYO RODRIGUEZ, Socorro, La Consensualidad de los contratos en el Derecho Romano, www.letrasjuridicas.com

¹² La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código Civil francés, cuyo artículo 1107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Op.Cit. p.151

Resulta interesante el punto de vista de Walter Rodríguez Camacho¹³, en el sentido de que las exigencias legales de cada tipo contractual pueden llegar a colisionar con las normas del contrato como figura general. Al respecto, nos recuerda que todo contrato encierra en el fondo una operación económica¹⁴ y que tiene exigencias propias para cumplir sus fines, y que deben respetarse. El legislador por más imaginativo que fuera, no podría superar la realidad económica o comercial, por ello, el repertorio de contratos típicos o nominados, como los llama el Código a partir de la aclaración líneas arriba; es limitado frente al número y variedad de los contratos atípicos utilizados¹⁵ en la actividad económica o mercantil de hoy.

Es opinión personal, que el término nominado o innominado tomado del Derecho Romano y que nuestro Código Civil de 1984 recoge, puede inducir a error, pues muchos de estos contratos llegan a tener un nombre propio, no obstante carecen de una específica regulación legal, que es lo que caracteriza a los contratos típicos. Así también opina Ossorio¹⁶ al señalar que el término "innominado" designa el gran número de convenciones que no encajan en ninguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador, siendo impreciso.

¹³ GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Ámbito de Aplicación de las Normas Generales sobre Contratos. Los Contratos Atípicos, Código Civil Comentado*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.27

¹⁴ Op.cit. p. 27

¹⁵ Op.Cit. p. 27

¹⁶ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003, p.153

1.1 Tipicidad

El contrato típico es aquel contrato que tiene una regulación legal propia¹⁷ que lo identifica respecto a los demás. Lo contrario, es decir la atipicidad consiste en que no obstante un contrato, tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún acogida legislativa para ser incorporada o incluida en una disciplina particular. En resumen, el contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad concedida¹⁸ crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones.

El Derecho de los contratos no se encuentra encerrado en el marco de la ley¹⁹, rebasa esa frontera y a menudo nos encontramos con figuras contractuales que la ley ignora, pero el Derecho no. Por esto, todas las legislaciones modernas acogen una noción general de contrato, aunque conserven al lado de ella una serie de figuras contractuales típicas, que no son, en realidad, más que posibles contenidos del contrato genéricamente entendido.

Los conceptos de tipo y tipicidad se halla íntimamente vinculados. En el Derecho, la tipicidad aparecerá caracterizada como regulación, precisamente a través de los tipos. Así decimos que es típico lo que está regulado y atípico lo no regulado.

Debemos señalar que en el mundo jurídico, el tipo aparece siempre ligado a una determinada realidad social. Esta realidad social a la que nos referimos es frecuentemente, una conducta natural que es

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Op.Cit. p.153

¹⁸ El art.1354 del Código Civil de 1984 faculta a las partes, a que puedan determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma de carácter imperativo.

¹⁹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Los contratos Atípicos, en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001. p.305

elevada a categoría jurídica a través del fenómeno de la tipificación.²⁰ Resulta pues, interesante la diferencia que hace De La Puente y Lavalle con respecto a la tipicidad legal y tipicidad social, con lo cual la primera, recoge lo que los particulares crean al margen de la ley, con características propias y distintas de los tipos legislativos; y la segunda, es decir la tipicidad social, es el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su fundamento en la costumbre, de contratos identificables, que determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aún cuando cada uno de éstos no contenga una regulación completa.

Esto sucede en nuestro país, con el Contrato de Fideicomiso, que ha tenido su reconocimiento legal en la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, sin embargo lo mismo no ha sucedido con contratos que se utilizan con alguna incidencia en nuestro país, desde hace algún tiempo y que no han recibido reconocimiento legal, tales como el Franchising, Joint-Venture, Factoring, Underwriting, Sponsorship, Outsourcing entre otros. Sin embargo, estos contratos son considerados “nominados” porque son contratos típicos sociales y la práctica les ha otorgado un *nomen juris* para distinguirlos de otros tipos de contratos.

Los efectos tanto de la **tipicidad legal** como de la **tipicidad social** son similares. Manuel de la Puente y Lavalle insiste en que basta que resulte claramente del contrato, la voluntad de las partes de celebrar un contrato típico social, para que sean aplicables a dicho contrato las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a ese tipo contractual.²¹

²⁰ Op.Cit. p.305

²¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Op.Cit. p.154

Lo que sucede generalmente la ley espera que un contrato determinado, adquiriera, en base a su reiteración y frecuencia, una difusión que merezca su incorporación a la contratación típica legal. Tal como sucedió con los contratos de Suministro, Hospedaje y Secuestro incluidos en la tipicidad legal a partir del Código Civil de 1984.

Si el tipo y la tipicidad se hallan íntimamente vinculados²². El tipo se utiliza para distinguir las diversas conductas a las que el ordenamiento legal consagra como categorías jurídicas. La Tipicidad es un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos, ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo. El tipo y tipicidad, de ninguna manera son privativos de lo jurídico, según señala English, citado por el autor²³ “ El concepto de tipo se ha convertido en un concepto de moda en todas las ciencias” y en realidad más que una moda, pensamos que satisface una necesidad que tienen las ciencias, especialmente las sociales, de organizarse, para poder en base a los conceptos y tipos, establecer teorías que respondan a la exigencia de orden, que tiene todo sistema, incluyendo el legal.

El **tipo** legal no es una creación en abstracto, sino que es la realidad social, la actividad económica, especialmente en los contratos comerciales, la que le da vida.

Del tipo podemos pasar al concepto de **tipicidad** y nos referimos a ésta como un especial modo de organizar los actos jurídicos, ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción tipo. En este sentido, la idea de tipicidad se muestra como un mecanismo

²² GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Ámbito de Aplicación de las Normas Generales sobre Contratos. Los Contratos Atípicos, Código Civil Comentado*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 29

²³ Op.Cit. p. 305

jurídico que, tomando como base al tipo de la realidad social, culmina como la creación de un tipo jurídico.²⁴ La tipicidad viene a ser, un modo peculiar de organizar la regulación de los actos humanos.

La tipicidad tiene una función individualizadora, porque permite distinguir determinados actos de otros y en buena cuenta es ordenación y valoración de conductas. A éstas se suman una función jurídica que es la de regulación. De esta manera, la noción de tipicidad comporta siempre, la de regulación.

Según Gutiérrez Camacho²⁵ el orden natural como debería procederse a la tipificación legal de un contrato es esperar el surgimiento y consolidación en el mercado (tipicidad social) del tipo de contrato, luego observas los conflictos que la figura jurídica produce, y la forma como la jurisprudencia la resuelve, luego recién se podrá proceder a disciplinar legalmente el contrato, es decir a tipificarlos.

Es importante señalar que no interesa que en otros países ya existan legal o socialmente, o que incluso, ya se adviertan experiencias jurisprudenciales, la experiencia en materia de contratos es propia de cada país. Este es el problema cuando se importan contratos de fuera, ya que la actividad económica y los negocios se realizan con acentos propios en cada país, sin restarle importancia al anhelo de unificar el Derecho.

Al tipo legal y al tipo social les corresponderá una regulación, es decir, la prevista en los Códigos y en las leyes positivas, así como la creada a través de la reiteración y la constancia. Al contrato atípico, en cuanto no está "organizado" sólo podrá aplicársele la regulación

²⁴ Op.Cit. p. 306

²⁵ Op.Cit. p.30

que corresponde a cada caso en particular, y a esto precisamente responde la denominación de "atípico".

"La experiencia jurídica, es una experiencia normativa"²⁶, de modo que esto no quiere decir que por ser atípico, sea indiferente al derecho.

El tipo contractual y la propia tipicidad, sin embargo, no se manifiestan de manera cerrada o definitiva, pues al lado de los contratos tipificados pueden hallarse tipos no reconocidos aún por la ley, pero que igual se utilizan, y en ciertos casos con más frecuencia. Incluso algunos de los tipos reconocidos, pueden experimentar cambios evolucionando hacia nuevos tipos. De tal manera, el Derecho de los contratos es un derecho flexible, abierto a las necesidades de las personas.

Visto con simpleza: las personas que contratan quieren realizar un negocio y no el cumplimiento de un esquema contractual. Las partes, los agentes económicos requieren de cierta libertad para desarrollar sus intereses y empresas, la libre competencia, la libertad en la asignación de recursos de entidades de intermediación financiera, la libertad de contratar, son muestras de ello, por lo tanto, y más aún teniendo en cuenta la sociedad globalizada, el uso de la tecnología que permite un mayor acceso a negocios internacionales, y el flujo cambiante de la economía, no pueden estar sujetos a un esquema contractual limitado.

Ossorio, citado por Manuel De La Puente y Lavalle²⁷ señala que debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico ofrece otros recursos a los cuales se debe acudir para suplir la ausencia de normas legales

²⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1992, p.3

²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Op.Cit. p.159

taxativamente aplicables a los contratos atípicos y que en el caso del Derecho Civil Peruano serían:

- Los principios generales del Derecho
- Las normas generales de contratación
- La voluntad de los contratantes

En los contratos atípicos, la labor del intérprete es más complicada que en los contratos típicos, ya que no sólo debe determinar las reglas aplicables a cada contrato, sino también comprobar que mediante ellos se van a alcanzar intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico.

De esta manera, sólo deben merecer la calificación de negocios jurídicos y contratos, los actos de la autonomía privada que estén dirigidos a cumplir una función económico social, es decir, la función práctica que tiene trascendencia social o que es útil socialmente o que responde a un interés social²⁸. Lo fundamental de esta teoría es que se muestra, principalmente con respecto a los negocios y contratos atípicos y no en aquellos tipificados legalmente, ya que en éstos al estar su función económico social incorporada en el esquema negocial establecido por la norma jurídica, es evidente que la función social ha sido ya valorada por el ordenamiento jurídico como una función socialmente trascendente.²⁹

1.2 Diferencias entre Contratos Innominados y Atípicos

Con respecto a la posición de los contratos Innominados y Atípicos, el primero equivale a contrato que no tiene un *nomen juris* en el sistema de la ley, lo cual depende a su vez, del hecho de no tener o

²⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima, 2002, p.117.

²⁹ TABOADA, Op.Cit. p.118

pertenecer a una determinada disciplina, y a decir de SPOTA³⁰ en la moderna doctrina ya no se habla de contratos nominados o innominados, sino de contratos típicos y contratos atípicos. Considerando a estos últimos, como aquellos que no encajan dentro de un “tipo legal”, es decir, que tienen una regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas.³¹

Sin dejar de reconocer el peso de las razones invocadas por los partidarios de la terminología de contratos nominados o innominados, creo que resulta más propio llamar “contrato nominado” al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y “contrato típico” a aquél regulado por el ordenamiento jurídico. Dentro de este razonamiento, tanto los “contratos típicos” como los “contratos atípicos”, entendidos éstos como los que no tienen una disciplina legal propia, son también por regla general, contratos nominados. Nuevamente el Doctor De La Puente cita a Spota³² quien comentando el artículo 1143 del Código Civil Argentino, señala que los contratos son nominados o innominados según la ley los designa o no, bajo una denominación especial y afirma que el término utilizado por este Código, no es el que debemos utilizar, pues en la moderna doctrina ya no se habla de contratos nominados o innominados, sino de contratos típicos y contratos atípicos.

³⁰ Referido por CASTILLO FREYRE, Mario, CESPEDES SUZUKI, Erika, Características del Contrato Médico, www.castillofreyre.com

³¹ En este sentido, las expresiones de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003) sustentan de alguna forma el cambio de “atípicos” por “innominados” en el Segundo Proyecto del Código Civil de 1984 que dio origen al actualmente vigente.

³² SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975, Vol.I p.198

Sin embargo, para el presente trabajo y luego del análisis realizado, tomaremos el término “innominado” por considerarlo más adecuado y porque ha sido tomado por nuestro Código Civil de 1984, en cuyo artículo 1353 señala que todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales de la Sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato. Con lo cual, queda claro que la teoría general del contrato comprende todo el ámbito de la contratación privada, que es materia de este trabajo de investigación.

El artículo analizado establece una excepción, en el sentido de que cada contrato requiere, dadas sus peculiares características, de una regulación propia que puede estar en oposición con las reglas generales aplicables a todos los contratos. Se aplica entonces, el principio de que la ley especial prima sobre la ley general, la cual queda limitada por la excepción contenida en la ley especial.³³

Mario Castillo Freyre en su ensayo sobre el Contrato Médico, sostiene que éste es un contrato nominado, ya que se le aplican las normas señaladas para el contrato de mandato y para el arrendamiento de servicios; aunque también señala que algún sector de la doctrina considera a éste como un contrato innominado, por no haber sido objeto de una singular regulación y calificación por el legislador. Concluye, en que la jurisprudencia ha fallado –refiriéndose a los contratos innominados- en que “...No siendo el contrato ninguno de los definidos por el Código Civil, debe calificarse como innominado y regirse por la ley del propio contrato y por las disposiciones legales que, por analogía, puedan avenirse a sus peculiares modalidades, para los efectos de su cumplimiento”.³⁴ Por lo tanto, considera Castillo en el trabajo conjunto con Erika Céspedes, que el contrato

³³ Op.Cit. p.150

³⁴ www.castillofreyre.com

médico es un contrato nominado, el cual encuentra perfecta cabida en el contrato de locación de servicios regulado por nuestro Código Civil.

Si bien en los contratos típicos la función económico social está incorporada al esquema negocial, establecido por la norma jurídica, es evidente que ya ha sido valorada por el ordenamiento jurídico como una función socialmente trascendente y por lo tanto merecedora de la tutela legal. En los contratos atípicos, por el contrario,³⁵ no se produce esta valoración específica y anticipada de su función social y es por esto que se plantea la cuestión sobre el significado social de la autonomía privada. Los contratos atípicos para su justificación y admisión por el ordenamiento jurídico requieren necesariamente de una valoración de las normas jurídicas, la que se da, no a través de un esquema legal o tipo legal, salvo el caso de los contratos mixtos, sino a través de esquemas legales genéricos que reconozcan la posibilidad de celebrar contratos no tipificados legalmente, en la medida que se cumplan con determinados requisitos legales y de valoración social. Esta valoración del resultado social, del que nos habla magistralmente Lizardo Taboada, debe ser realizada en cada caso concreto; implica necesariamente acudir al concepto de causa del contrato y del negocio jurídico, entendiendo la causa como función social que justifica el reconocimiento jurídico.³⁶

No podemos dejar de establecer la diferencia entre **tipicidad legal o tipicidad social**, pues además nos ayudará a comprender mejor los contratos o negocios que en el ámbito comercial o empresarial se utilizan. Para Emilio Betti, lo atípico no tiene justificación dentro del ámbito de los actos de la autonomía privada, debiendo estar todo tipificado, bien sea legal o socialmente, en consideración a una

³⁵ TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima, 2002, p.118

³⁶ Op.cit. p.118

función socialmente útil³⁷ y por ello trascendente y merecedora de tutela legal. Lo cual nos lleva a concluir que los contratos innominados, como hemos preferido denominarlos para nuestro trabajo de investigación, tienen cierta tipicidad que si bien no es la legal, definitivamente es la social.

Entonces, puede señalarse que hay una tipicidad legal referida a contratos disciplinados en la ley, y otra social, que contempla normas jurídicas que regulan contratos con fuente en la costumbre³⁸ que justifican la tipicidad social y de esta manera la tipicidad comprendería la parte general y la parte especial de los contratos, estando esta última variada por la proliferación de nuevos modelos contractuales.

En este sentido, puede afirmarse que en el contrato típico o nominado, como prefiere el Código Civil peruano, la causa está determinada por la ley, en tanto que en el contrato atípico ergo innominado, la causa está determinada por las partes o por los usos. De la atipicidad de la causa depende la atipicidad del contrato.³⁹

1.3 Contratos innominados y su adaptación a la realidad social y económica

Los modelos contractuales típicos tienen actualmente un uso limitado y han disminuido considerablemente en la actividad económica que se organiza en base a criterios distintos a los previstos en las leyes. De esta manera el orden que ideó el legislador, tan detallista y rígida,⁴⁰ ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la

³⁷ Op.Cit. p.120

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima. p.22

³⁹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Ambito de Aplicación de las Normas Generales sobre Contratos. Los Contratos Atípicos, Código Civil Comentado*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 34.

⁴⁰ LORENZETTI, Op.cit.p.23

costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, motivados especialmente por el desarrollo económico de hoy. Así también la disolución de las fronteras entre lo civil y lo comercial, atentan contra la clasificación que utilizan los Códigos Civiles, proponiendo un orden distinto del existente.⁴¹

Si tomamos como referencia el hecho de que un contrato nominado es aquél que tiene un *nomen juris* o que sin tenerlo, sus características encajan en alguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador⁴², en nuestro caso, por el Código Civil; entonces podríamos concluir en que los contratos innominados son aquellos a los que la ley no los designa con una denominación especial y obviamente tampoco se encuadran en un tipo de contrato específico.

Aparece la celebración masiva de acuerdos que dan lugar a contratos más complejos que a su vez comprenden dentro de ellos sub-contratos o contratos conexos, todos interrelacionados que tienen objetivos económicos que no se logran con acuerdos individuales, sino más bien por varios utilizados estratégicamente en función de un negocio común. Tal es el caso del contrato de *Franchising* o *Franquicia*, que comprende acuerdos adicionales al principal, como de suministro, compra-venta, licencia, transferencia de Know how y otros. En todos estos contratos la finalidad es evidentemente económica.

Para Lorenzetti, se ha producido una especie de *crisis de tipicidad* que es normal en un periodo de mutaciones sociales como el que vivimos

⁴¹ Han proliferado los vínculos atípicos y la tipicidad social. Surgieron combinaciones de elementos de distintos tipos legales, nuevas formas, contratos que cumplen varias funciones, al punto tal que cabría pensar en que la excepción se ha convertido en regla. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima. p.23

⁴² OSSORIO MORALES, Juan, *Lecciones de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos*, Editorial Comares, Granada, 1985, p.185

y se expande a todo el Derecho Privado. No olvidemos que el contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas y si éstas se encuentran en permanente flujo, es normal que lo típico se convierta en una limitación para el desarrollo de estos agentes económicos que se caracterizan por su celeridad.

Hay principios que en el Derecho han permanecido intactos a lo largo de los años, a pesar de las transformaciones sufridas por nuestras sociedades. Nos corresponde analizar de qué manera los vertiginosos cambios y avances económicos y tecnológicos de nuestros días han afectado la vigencia de estos principios. Sin embargo, a pesar de estar hablando de tipicidad o de haberla perdido, no debemos perder la perspectiva. Los cambios de hoy no serán los primeros ni serán los últimos⁴³ y algunos principios se mantienen con la solidez inicial y la vigencia necesarias para su permanencia.

En la cultura anglosajona, no se concibe que los tipos de contratos sean un asunto que pueda determinar el legislador, sino que surgen de la multiplicidad de decisiones emanadas de la autonomía privada, contrariamente a la cultura jurídica ítalo-franco-germana⁴⁴ en la cual hay una fuerte noción de tipo contractual; en los Códigos Civiles que nacieron como inspiración del Código Napoleónico, fue común que se pensara en establecer los distintos aspectos de un contrato, de modo que las partes sólo tuvieran que optar por una tipología determinada. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que el gran aporte en cuanto a modalidades contractuales variadas, que comprenden al interior de éstas, otras variedades, dando lugar a una serie de combinaciones de contratos y acuerdos que movilizan los diferentes

⁴³ CASTILLO FREYRE, Mario, MARTIN HORNA, Pierre; *Tratado de la Teoría General de los Contratos*, Vol.XX, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP Fondo Editorial, 2006, Lima. P.15

⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima. p.25

agentes económicos, son tomados justamente, de la legislación sajona, como los contratos de Factoring, Fideicomiso, Outsourcing, Franchising, Underwriting, Swaps, Sponsorships, por mencionar solamente algunos.

Citando nuevamente a Emilio Betti⁴⁵, esta vez por Lorenzetti,⁴⁶ en su Teoría General del Negocio Jurídico, señala que los contratos tienen una función **socialmente trascendente**, en forma independiente de lo que los individuos quieran.⁴⁷ Esto, para dar una explicación de la finalidad económico social del negocio, lo que constituiría la razón **económico-jurídica o práctico-social**.

Se prefiere usar el término "*innominado*"⁴⁸ continuando con una modalidad impuesta por el Código Civil Argentino y como señala Farina, por un tradición generalizada en el Derecho de los países occidentales, aunque advierte que esta expresión en la actualidad es impropia en especial en el ámbito de los contratos comerciales, pues en lugar de utilizar el término nominados o innominados, debería a decir de Farina⁴⁹ denominarse a éstos como "contratos con tipicidad legal" y "contratos con tipicidad consuetudinaria o social", ya que son raros actualmente los contratos absolutamente atípicos. La permanente evolución de las relaciones económicas, la revolución tecnológica, la ampliación de los mercados, la expansión de la economía, determinan la proliferación y aparición de relaciones contractuales no previstas por los textos legales y que dan nacimiento a nuevas figuras contractuales, por tanto, los clásicos contratos típicos resultan insuficientes para dar adecuada solución a todos estos problemas.

⁴⁵ BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Traducción M.Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. p.144

⁴⁶ LORENZETTI, Op.Cit. p.27

⁴⁷ En razón de ello desarrolló lo que autores posteriores denominaron noción de causa objetiva, o finalidad económico social del negocio. Ella sería la razón económico-jurídica o práctico-social.

⁴⁸ FARINA, Juan, Contratos Comerciales Modernos, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo I, p.367

⁴⁹ Op.Cit. p.368

Si se pudiera establecer una “función” económica al derecho contractual, sería la de facilitar el intercambio mutuamente voluntario⁵⁰. Los individuos son maximizadores racionales del beneficio, por lo cual el intercambio voluntario, naturalmente conllevará a que los recursos económicos sean asignados a los destinos más valiosos, logrando de esta manera movilizar los agentes económicos y maximizar la riqueza de la sociedad⁵¹

Si además consideráramos la teoría de los costos de transacción que es fundamento del Análisis Económico del Derecho y que marca un criterio fundamental al momento de regular contratos, con una perspectiva abiertamente economicista, las reglas, al momento de celebrar el contrato, deberían coincidir con lo pactado por las partes si los costos de transacción hubieran sido lo suficientemente bajos como para permitir la negociación directa⁵². Esta perspectiva cambiaría totalmente la que sigue nuestro Código Civil de 1984, especialmente en el tema de contratos, ya que las normas en torno a los contratos deben diseñarse para actuar como normas suplementarias a la voluntad de las partes⁵³

Existen asimismo opciones de política legislativa en materia de contratos en los diferentes estados, uno es el enfoque de **eficiencia económica** bajo el cual, las normas contractuales deben diseñarse para actuar como normas suplementarias a la voluntad de las partes, sólo operan en caso de que las partes no pacten en contra de ellas,

⁵⁰ PATRON SALINAS, Carlos A. ,*¿Mentiras Verdaderas? Reflexiones en torno de la regulación del Derecho Contractual*, en *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Seminario en Lima, noviembre 1999, Facultad de Derecho de la UPC, publicación del mismo nombre, UPC, 2001, p.136.

⁵¹ Op.Cit. p. 136

⁵² COOTER, Robert & ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1988, p.255

⁵³ SALINAS RIVAS, Sergio, *El Rol del Estado en la contratación privada a propósito del principio de protección del deudor en el Código Civil peruano, artículo en ¿ Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, UPC, 2001.

más aún si seguimos la teoría de los costos de transacción, fundamento del análisis económico del Derecho. Por otro lado, la **intervención del estado** en los contratos, debería limitarse a aquellos casos en los cuales no exista un intercambio realmente voluntario, porque es en estos casos en los cuales no pueda asumirse que el contrato sea mutuamente beneficioso para ambas partes, por lo cual, tampoco podría pensarse que el bienestar general aumenta⁵⁴. Casos como la contratación por incapaces, bajo violencia, el fraude o el error.

Así también tenemos el enfoque paternalista⁵⁵ que sostiene, que existen casos en los cuales debe restringirse la contratación privada para **proteger intereses superiores** para la colectividad que la propia libertad individual, por ejemplo la contratación sobre órganos humanos, venta de drogas, por citar algunos. De hecho la libertad individual puede conducir a excesos negativos para la propiedad, sociedad y el bien común, por eso se piensa que es necesaria una intervención del estado como regulador para proteger intereses propios de la sociedad.

El principio de protección del deudor recogido en nuestro Código Civil de 1984, a decir de algunos autores, recoge el enfoque paternalista⁵⁶ mencionado anteriormente, algunas instituciones del derecho contractual, así lo manifiestan: la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, y otros se sustentan en que "el deudor es la parte débil en la relación contractual". Manuel De la Puente⁵⁷ sostiene que la razón de ser de estas instituciones, es proteger el equilibrio de los intereses de las partes y que en caso no fuere así, el estado es el llamado a disponer la invalidez del contrato. El autor propone la

⁵⁴ SALINAS RIVAS, Sergio, Op.Cit., p.108

⁵⁵ SALINAS RIVAS, Sergio, Op.Cit., p.109

⁵⁶ Op. Cit. P.109

⁵⁷ Citado por SALINAS RIVAS, Sergio, en Op.Cit. p.112

reforma del Código Civil, en materia de contratos porque opina lo siguiente: a) debe desecharse el concepto de que el deudor es la parte débil en la relación contractual, b) debería adoptarse reglas o normas que maximicen el bienestar conjunto de las partes, especialmente en caso de que los costos de transacción sean bajos y c) el estado debe intervenir en la contratación cuando se produzcan fallas en el proceso de contratación que lleven a concluir que no existe un acuerdo de voluntades y por lo tanto no pueda presumirse que el contrato incrementa el bienestar real de las partes. Y d) se debe limitar la participación del estado para restringir el contenido de los contratos por razones de política pública.

Por otro lado, la contratación empleando medios informáticos o electrónicos, resulta ser un tema nacido hace sólo algunas décadas y constituye un área de permanente actualidad. Esto se debe a que los medios y recursos informáticos con los que se cuenta hoy en día para comunicarse, han avanzado muchísimo desde su nacimiento.⁵⁸

Tal como lo señala José María Álvarez-Cienfuegos Suárez⁵⁹, el Derecho como técnica de la interpretación de la realidad social bajo parámetros jurídicos, se enfrenta hoy, entre otros desafíos, al conocimiento y racionalización de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías informáticas, pues la masificación de las relaciones comerciales y la posibilidad de transmitir a distancia una declaración de voluntad han facilitado mucho el acercamiento entre el Derecho y las nuevas tecnologías.

⁵⁸ CASTILLO FREYRE, Mario, MARTIN HORNA, Pierre, Tratado de la Teoría General de los Contratos, Vol. XX, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP Fondo Editorial, 2006, Lima. P.17

⁵⁹ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos" en: Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, 1994, Madrid. Citado por Castillo Freyre, Mario y Martín Horna, Pierre en Op. cit. p.17

La celebración de negocios jurídicos mediante la colaboración de sistemas electrónicos y los modernos sistemas han desplazado a los contratos tradicionales escritos y al papel como instrumentos fehacientes del quehacer jurídico.

El autor mencionado señala también que el examen de los negocios jurídicos realizados por **medios o sistemas informáticos** plantea a los juristas problemas básicos que deben examinarse con carácter prioritario a efectos de adecuar o adaptar los Códigos y las leyes a las nuevas realidades sociales. La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria, hace que en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades. Mientras que en la vida cotidiana un alto porcentaje de las transacciones económicas y comerciales se realizan por medios electrónicos, nuestros Códigos y leyes no tratan sobre estos negocios jurídicos celebrados por medios informáticos como fuente de obligaciones.

Así también los juristas, los jueces y en general los abogados, deben hacer un gran esfuerzo para adaptarse a nuevas realidades, que por lo demás requieren de destrezas en otros idiomas, en informática, y conceptos modernos que son indispensables para la comprensión, interpretación y ejecución de estos negocios jurídicos, ya que encuentran verdaderas dificultades para adaptar la ley y la jurisprudencia a los cambios tecnológicos.

“Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se han concluido en mayor número y por intereses patrimoniales tan

elevados” Ripert, L’ordre économique et la liberté contractuelle.⁶⁰ La evolución técnica del contrato también ha significado una evolución sustancial de la teoría del contrato. El aumento del volumen de los negocios, y la proliferación de los recursos para acortar distancias y aproximar a individuos y pueblos, condicionan, el proceso evolutivo del contrato.

“La evolución técnica del contrato refiérase a ciertos fenómenos típicos: 1) La simplificación de su formación, 2) El consentimiento expresado por adhesión, 3) El desarrollo de las formas colectivas, 4) El incremento del contrato entre ausentes, 5) La disociación y mayor autonomía de la oferta y aceptación ajustadas, 6) La pre-redacción del estatuto, 7) El carácter reglamentario de éste, 8) En fin, la aparición de nuevas especies..” Risolía⁶¹

Prueba de la validez de las afirmaciones de Risolía es la rapidez y eficiencia de los contratos masivos celebrados a través de medios electrónicos como Internet, en donde las partes contratantes no se encuentran presentes en un mismo lugar físico. Sin embargo, en el supuesto de de redes, debemos plantearnos una pregunta: Cuáles son las fases en las que se forma el contrato por medios electrónicos? Es necesario que las partes intervinientes en la contratación predispuesta deban conocer previamente su sistema de contratación?

⁶⁰ Citado por CASTILLO FREYRE, Mario, MARTIN HORNA, Pierre, en *Tratado de la Teoría General de los Contratos*, Vol.XX, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP Fondo Editorial, 2006, Lima. P.17

⁶¹ RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Edti. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1946, p.95

2.- Normas aplicables a los contratos atípicos o innominados

Una de las cuestiones a resolver con respecto a los contratos atípicos o innominados, es la referida a las normas aplicables en caso de conflictos derivados de éstos. Lorenzetti⁶², tiene algunas fórmulas para determinar la norma aplicable, en todas ellas se incluye la calificación del contrato como primer paso lógico. Pero coincidimos con algunos otros autores en establecer que todas estas fórmulas pueden resultar insuficientes, de tal manera que en principio habría que establecer el contexto en el cual se ha celebrado el contrato. Pensamos que el tema de la globalización en estos contratos tiene especial importancia debido a que con el auge de la economía, que comprende actividades comerciales en diversos países con diversos textos legislativos, podría generar mayores conflictos en los que se nos ocurre que el primer punto en cuestión sería la legislación aplicable, de uno u otro país, lo cual podría a su vez generar vacíos que serían cubiertos con criterios no necesariamente propios.

La jerarquía de normas, su interpretación, integración, rectificación, aplicación de normas generales, especiales, imperativas y supletorias⁶³ a las que se refiere el autor citado, implica que una vez calificado el contrato se continúe con este proceso lógico jurídico, lo cual de alguna manera facilitaría resolver la mayoría de problemas que se pueden presentar, justamente por falta de tipicidad.

Reiteramos la opinión de que todos estos procesos podrían ser insuficientes; más bien, habría que indagar sobre los conflictos típicos de este tipo de contratos como: el incumplimiento de obligaciones, violación de normas, abuso de posición dominante, asimetría de

⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis, Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales, Palestra, 2001, Lima. p.32

⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis, Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales, Palestra, 2001, Lima. p.32

información, cláusulas abusivas que por lo general buscan la adhesión del contratante débil, vacíos legales en la interpretación o aplicación del contrato en algunos países; de tal manera que como sugiere Lorenzetti habría que indagar más que por la tipicidad del contrato, por los problemas típicos derivados de ellos y de qué manera serían resueltos.⁶⁴

La problemática, no es simple y aún queda pendiente el problema de **la regulación de los contratos atípicos**, y el asunto reside en la determinación de qué normas son prioritariamente aplicables: las normas generales aplicables sobre obligaciones y contratos, o las correspondientes a los contratos típicos que pudieran ser afines.⁶⁵ sucede por ejemplo, como en el contrato de underwriting, atípico por naturaleza, que primero debe calificársele a fin de determinar cuál es la legislación aplicable⁶⁶. El contrato podría ser calificado como de crédito porque existe una expectativa de ingreso de fondos en la empresa emisora que es la que origina el vínculo. Por esto, cuando el vínculo solo se limita al asesoramiento y la gestión de títulos valores emitidos por la empresa, estamos en presencia de un contrato de servicios, que no tiene la complejidad del underwriting. Por lo tanto, se podría aplicar el principio citado anteriormente, es decir, resolver los problemas típicos que de su aplicación se derivan.

Otra situación que se plantea frente a los contratos innominados, es el de introducir elementos propios de las tecnologías de información, como es el caso de la **firma digital**, que si bien agiliza y facilita la formalización de estos contratos, plantea toda una problemática que aún no ha sido resuelta completamente por el Derecho. En la legislación argentina por ejemplo, la Ley 25.506 introdujo el concepto y regulación de la firma digital, equiparando sus efectos a los de la

⁶⁴ LORENZETTI, Op.cit. p.35

⁶⁵ LORENZETTI, Op.cit. p.35

⁶⁶ LORENZETTI, Op.cit. p.103

firma manuscrita⁶⁷ u ológrafa, salvo para disposiciones por causa de muerte, testamentos, de familia, actos personalísimos y actos a los que se exijan formalidades especiales.

Por lo tanto, en Argentina, la firma digital puede ser eficazmente utilizada en las contrataciones comerciales, salvo para aquellos supuestos en que la ley disponer formalidades especiales, como en los contratos constitutivos de sociedades anónimas –que se exigen por escritura pública- y los contratos de constitución de prendas –que requieren estar escritos en soporte papel, no magnético- con firmas certificadas por escribano que permitan su inscripción en el registro pertinente.⁶⁸

En Perú, la Ley 27269⁶⁹ regula la firma digital y los certificados digitales, y a pesar que el Colegio de Notarios se presta como Certificador, la norma no ha tenido efectos determinantes en su aplicación. Con lo cual concluimos en que el Derecho Peruano requiere adaptarse a estas nuevas realidades y tomar una postura legislativa frente a los retos que la tecnología nos presenta.

En un estudio reciente sobre “Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho Privado Europeo”, realizado por Massimo Bianca⁷⁰, el autor señala que el nuevo fenómeno contractual, como denomina al hecho que los contratos mediante el uso de instrumentos telemáticos se van difundiendo considerablemente, induce a algunas reflexiones de fondo sobre el Derecho de los contratos, tanto en Italia como en Europa.

⁶⁷ PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006, p.154.

⁶⁸ PISANI, Op. Cit. P.154

⁶⁹ De fecha 08 de mayo de 2000

⁷⁰ BIANCA, MASSIMO, *Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho Privado Europeo*, en Ius Revista por 20 años de Ius et Veritas, Revista de los estudiantes de Derecho de la PUCP, julio 2009, Edición 38, Lima Perú, p.16

Señala asimismo, que estos nuevos medios de comunicación permiten ofrecer a todos los individuos bienes y servicios, brindando a su vez una imagen en tiempo real y tomando posible una aceptación inmediata por parte de un número indefinido de personas diseminadas por todo el mundo, indicando que de estos instrumentos y se han ocupado los legisladores europeos y los italianos, quienes por un lado, han dado paso al reconocimiento de la forma **telemática** como equivalente a la escritura impresa, y por otro lado han dictado reglas adecuadas para los contratos a distancia y para el comercio electrónico. Se trata pues de la realidad italiana y en general europea, distinta de la que tenemos en nuestros países de la región latinoamericana.

Más adelante en este estudio, señala el autor que frente a estas nuevas formas de manifestación de la voluntad contractual, existen quienes han anunciado la muerte del contrato⁷¹ ya otras veces anunciada⁷², acota con total convencimiento. La razón? Porque no existiría más el acuerdo y en realidad no se trata de la muerte del contrato sino la irrupción de los contratos en masa, en los que resulta desconocido aquel fenómeno que normalmente precede a la conclusión de los negocios individuales, es decir: los tratos o negociaciones preliminares. Señala el autor consultado, que la etapa de las tratativas ha desaparecido en los contratos en masa, debido a la introducción en el mercado de los productos industriales de

⁷¹ BIANCA, MASSINO, op.cit.p.17

⁷² BIANCA, MASSIMO, op.cit.p.17 citando al autor de la frase: el profesor norteamericano GILMORE, Grant, *The Death of contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974, quien en la obra citada, expresaba la idea de que, a partir del decenio 1920-1930, las constantes decisiones de las Cortes estadounidenses por las que se otorgaba una acción contractual a quien solicitaba el cumplimiento de una promesa que no se encontraba acompañada o fundada en una consideration, no hacían sino menoscabar, por así decirlo the classical notion of contract que se erige en torno a la noción de consideration. Las decisiones a las que el mencionado autor hace referencia encontrarían sustento en la doctrina del promissory estoppel. Para un mayor desarrollo de ambas doctrinas, se sugiere leer a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *La Responsabilidad precontractual en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional. En responsabilidad civil contemporánea: Lima, Asociación Civil Ius et Veritas /ARA, 2009.p.513-565.*

consumo y de los servicios públicos que requiere de la estandarización de las relaciones contractuales.

En efecto, la negociación de cada relación individual resulta del todo incompatible con la exigencia de los empresarios de predeterminedar los beneficios y costos de su actividad. El contrato en masa ha implicado la caída del mito de la paridad de las partes en tanto, tal modalidad contractual se encuentra fuertemente caracterizada por la circunstancia de que la parte fuerte determina unilateralmente, y asu favor, la reglamentación del contrato en derogación de la disciplina legal.⁷³

Las iniciativas de la Comunidad Europea dirigidas a la tutela del consumidor han dado un fuerte impulso a un movimiento de renovación en materia contractual ya existente en algunos estados europeos. La unificación del Derecho Privado, en el sentido de la creación de un Código europeo, se encuentra todavía sometida a un largo camino por recorrer. Empero, los principios que se extraen de las leyes de actuación de las directivas comunitarias son expresión de un proceso de unificación. Las diversas intervenciones en torno al comercio electrónico, cláusulas vejatorias, son piezas de un cuadro que se encuentran aún incompletas y que sin embargo tiende a encumbrarse como sistema del **derecho contractual europeo**, entendiendo al Estado como fuente de los principios contractuales de origen comunitario, los cuales constituyen principios comunes a varios estados miembros. Entre estos principios asume una importancia primordial el principio de **buena fe**.⁷⁴

⁷³ BIANCA, MASSIMO, Op.Cit.p.18

⁷⁴ BIANCA MASSIMO, Op.Cit. p.20

2.1 Antecedentes Legislativos

En el caso de los contratos que han encontrado, desde antaño, una disciplina legislativa, esos presupuestos que explican su existencia son bastante conocidos y, en algunos casos, inherentes a la satisfacción de requerimientos ordinarios. En cambio, en la contratación moderna las funciones que cumplen las nuevas modalidades negociales tienen las características propias del desarrollo alcanzado en las sociedades avanzadas y masificadas.

El contrato de auspicio, a pesar de la aparente antigüedad que se quiera ver en él, cobra importancia en las últimas décadas, como producto de la conjunción de ciertos factores. Los agentes económicos, al enfrentarse a una cada vez más creciente competencia, han descubierto que ciertas actividades, otrora intrascendentes para sus fines, pueden constituir canales de comunicación de gran importancia para el lanzamiento de mensajes dirigidos a los consumidores.

Simultáneamente, los medios de comunicación masiva, cuya aparición y desarrollo han significado una extraordinaria tribuna para la promoción publicitaria de los bienes y servicios ofrecidos por las empresas, han permitido, como consecuencia de la introducción de programas de audiencia cuantitativamente considerable, la creación de nuevas estrategias publicitarias y contractuales necesarias no sólo para los agentes económicos.

En esta perspectiva, cabe señalar, tal como los hechos lo han venido demostrando, que es difícil hablar de una evolución con datos ciertos de inicio, ya que justamente los agentes económicos y la normativa legal han ido caminando juntos en este proceso.

No podríamos precisar el origen cronológico o legislación aplicable específica en torno a estos contratos, ya que justamente al no encontrarse regulados total o parcialmente están inmersos en diversas normas, disciplinas y también denominaciones, o formando parte de otras figuras jurídicas.

El contrato de Leasing, por ejemplo ha recibido especial atención en su regulación, como lo demuestra el Decreto Legislativo N° 299, de 26 de julio de 1984, actualmente vigente. Así también el Código Civil vigente señala, en su artículo 1677, que: "El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título (Título VI -Arrendamiento- de la sección segunda -contratos nominados- del libro VII -Fuentes de las obligaciones) y los artículos 1419 a 1425 (referidos al contrato de opción), en cuanto sean aplicables". Adicionalmente, como ha quedado expresado, también resultan aplicables al contrato de arrendamiento financiero las normas de la sección Primera - Contratos en general- del Libro VII -Fuentes de las obligaciones- del Código Civil, en atención a lo prescrito por su artículo 1353. Por lo tanto, no podemos aseverar que se trata de un contrato que carece de regulación propia.

El contrato de Franchising por su parte, se implantó en nuestro país hace no mucho tiempo atrás y actualmente su operatividad se acrecienta por la necesidad de desarrollar el acceso a mercados distintos, de las diferentes marcas y sus estrategias para su crecimiento. Algunos afirman que el grupo Jochamowitz introdujo el Budget Rent Car en el mercado peruano, a través del contrato de Franchising o Franquicia a mediados del año 80. Luego proliferaron las diferentes franquicias, sin una regulación legal propia. Tal es así que al momento no contamos con un registro de Franquicias pues las negociaciones se dan a través de contratos privados, y es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

INDECOPI el responsable de registrar marcas y patentes, así como contratos de Franquicias internacionales, sin embargo habría que consultar si efectivamente hay un registro obligatorio y cuál es la forma de monitorear éste.⁷⁵

En el caso del Joint Venture, los primeros vestigios de la regulación de este contrato, los encontramos en la Ley General de Minería, considerando a éste como una alternativa de contratación para la actividad minera. Actualmente se encuentra vigente el Decreto Legislativo 674 que regula en forma bastante amplia este contrato, sin embargo tampoco podemos afirmar que cubra todos los espacios de regulación necesarios para su correcta aplicación.

El contrato de underwriting por su parte es atípico y como es común en estos casos, debe haber una calificación para determinar cuál es la legislación aplicable. Hay una fórmula que propone Lorenzetti en la obra que analizamos y es que la **calificación** comprende dos etapas: la primera en la que se establece los contratos análogos y la segunda, en la que se fija la legislación aplicable, ya que según indica el mencionado autor: se trata de una técnica que depende en extremo del marco institucional que la regula y sin el cual no existiría.

En el caso concreto del Contrato de Factoring El Reglamento de Factoring aclaraba lo señalado en la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros No.26702⁷⁶ que dio los primeros indicios de regulación de esta nueva figura contractual cuando en 1996 aún era recién utilizada por el sistema financiero. Posteriormente, es la Ley de Títulos Valores⁷⁷ en sus artículos 163 a 171, que regula, no el contrato de Factoring en sí, sino más bien el uso de la Factura

⁷⁵ BRAVO MELGAR, Sydney Alex, *Contratos Atípicos e Innominados*, Edic. Legales Iberoamericanas, Lima, 2007. p.38

⁷⁶ Ley General del Sistema Financiero, de Seguros y Orgánica de la SBS No.26702 (09.12.96)

⁷⁷ Ley 27287 Ley de Títulos Valores (19.06.2000)

Conformada como instrumento que permite la operatividad de dicho contrato. Luego, la Ley 28802 modifica ciertos aspectos de la operatividad de este contrato. Lo cual, al margen de la discusión en torno a si debe o no adjudicársele a la factura conformada el derecho de prenda de los bienes contenidos en ella, de si es protestable o no, pone en evidencia que la evolución normativa lo único que hace es desnaturalizar la figura jurídica concebida originalmente, desorientar a los usuarios, y generar más vacíos legales en torno a él.

Lo más probable, es que del estudio de estos contratos, resulte ocioso investigar sobre los antecedentes de uno u otro contrato, puesto que el origen normativo de éstos podrían ser cuestionado. La regulación parcial, o de la cual se parte para normar también en forma incompleta, lo único que generaría en el lector o en el interesado en precisar aspectos normativos, es frustración. De allí que este trabajo sostenga que más que considerar la norma positiva sobre estos contratos, hay que tomar en cuenta su adaptación a la realidad social y económica, por supuesto, cambiante permanentemente, globalizada, insertada en un mundo cada vez más amplio en operaciones y transacciones comerciales.

2.2 Vacíos legales

Muchos son los aspectos que favorecen los vacíos legales que se producen en los contratos que no tienen una tipicidad o *nomen juris* en un país determinado. Analizaremos en general los contratos que consideramos importante revisar y llegaremos a tener más claro cómo se producen estos vacíos legales.

En el caso del Underwriting por ejemplo, podemos mencionar que si bien en algunos países se ha contemplado su regulación y existe norma positiva que permite aplicar criterios y procedimientos ante

alguna situación en particular; en nuestro país, no sucede lo mismo porque más bien podemos afirmar que existe un vacío legal.

Si bien el ámbito contractual ha cambiado notablemente, especialmente por la incorporación de nuevos aspectos como la protección al consumidor y otros, conviene recordar que la teoría contractual⁷⁸ está vinculada a la idea de cómo deben estar organizados la sociedad y el mercado, así por ejemplo para MacNeil “el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social, ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean”.

En el Derecho moderno no se puede pasar por alto, la concepción de Ghestin⁷⁹ que se asienta en lo útil y lo justo y se sostiene entonces que se le otorga fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades si éste presenta **utilidad social y justicia contractual**. Lo cierto es que el contrato como expresión humana se encuentra “circunstanciado”, ubicado en un tiempo-espacio y por lo tanto es susceptible de diversas clasificaciones teóricas, que tienen importancia práctica, como es el caso de los contratos innominados.

Es el caso de la irrupción de la informática⁸⁰, pues todo el sistema jurídico fue desestabilizado por ésta, al introducir en la realidad técnica otro soporte distinto del papel, elemento esencial en la formalización de los diferentes contratos; cambiando los criterios

⁷⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, Algunos Aspectos de la Teoría del Contrato y las nuevas realidades, *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, marzo 2008.

⁷⁹ Citado por GARRIDO CORDOBERA, Lidia en Op.cit. p.332

⁸⁰ BRIZZIO, Claudia, *Contratos Informáticos y por medios informáticos*, en Contratación Contemporánea, Instituciones de Derecho Privado, Palestra, Lima, 2001. P.105

correspondientes a la firma, como medio idóneo para individualizar a quien admite como suyo el texto del instrumento.

En la legislación argentina, la firma no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos, salvo en casos muy especiales en que la parte firme habitualmente de esa manera, tal como lo señala el artículo 1014 del Código Civil argentino. Esta expansión de **internet** ha planteado asimismo un fenómeno inédito, como para citar un ejemplo: algunos mensajes enviados por internet se pierden, otros pueden ser desviados por hackers y a veces el mal funcionamiento del sistema se debe a defectos técnicos, o a virus que envían mensajes independientemente de la voluntad del operador. Situaciones todas que plantean un problema, con implicancias de carácter jurídico y que ninguna legislación a la fecha ha podido cubrir o prever, generándose así vacíos legales propios de estos tiempos modernos y de los retos que los sistemas de información nos presentan.

Al celebrar contratos informáticos, dada su reciente creación, se les suele encasillar como de compraventa, de locación de obra, de servicios, de leasing, de licencia, etc. Sin embargo, la tipicidad de esas categorías contractuales depende de cada sistema legal, pero muchas veces se considera indebidamente un contrato en una categoría típica, cuando en realidad no se trata de algo tan sencillo como un nombre o una categoría para ese contrato.

Al respecto de la tipicidad, los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente o no y es justamente el sentido de la presente investigación darnos mayores luces sobre los vacíos legales que ésta propone.

Tema importante con respecto a la atipicidad de un contrato y la fórmula que permitirá resolver cualquier vacío que se presente, es el de la **tipicidad social** que se asigna a los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en un lugar determinado de celebración. Es decir, que en subsidio de la voluntad de las partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración. Con esto, los usos de ese lugar pueden prevalecer sobre las normas generales supletorias relativas a contratos y obligaciones.

Otro aspecto no contemplado se presenta a raíz del cambio fundamental operado en los medios de comunicación, en virtud del cual la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), elaboró en el año 1996 la Ley Modelo sobre aspectos jurídicos del comercio electrónico.

Como se sabe el comercio electrónico no está regulado en nuestro país y es razonable pensar que de acuerdo con las características de las transacciones que se realizan dentro de un escenario virtual y global, sólo regulaciones a nivel internacional serán capaces de concretar una solución convincente evitando la atomización de regímenes normativos.⁸¹ La autora en mención sostiene que se requiere de un marco legal que se adecue a las reglas de la Organización Mundial del Comercio, y a su vez se relacione con normas no menos importantes como las de propiedad intelectual, privacidad y confidencialidad. Para reunir tales condiciones es imprescindible que el estado asuma un rol activo, como orientador de esta expresión de desarrollo económico.

El Director de Visa E-commerce para América Latina y el Caribe, Guillermo Rospigliosi precisó que el 9.8% de la población peruana

⁸¹ PIAGGI, Ana, *El Comercio Electrónico y el nuevo escenario de los Negocios*, en Instituciones de Derecho Privado, Contratación Contemporánea, Tomo II, Palestra, Lima, 2001, p.77

compra por Internet. Este porcentaje, es menor al promedio actual de la región, que es de 12%.

El e-commerce en el Perú representa el 0.21% del Producto Bruto Interno (PBI) y es inferior al promedio regional de 0.32%, lo que representa "un potencial por desarrollar", según expuso al diario El Comercio. Sobre este punto, señaló que la desconfianza sigue siendo la principal barrera para que la tasa de crecimiento del comercio electrónico sea más elevada en el país.

Dijo que, de acuerdo con las encuestas, el 60% de la población en la región piensa que es seguro comprar productos o servicios vía Internet, mientras que en el Perú esa cifra sólo llega al 51%.⁸² Las razones podrían ser varias: escasez de regulación normativa, falta de información sobre las implicancias o consecuencias de los contratos celebrados. Lo cierto es que no deja de ser un vacío que debe ser resuelto por el Derecho.

En perspectiva de Anna Piaggi⁸³ es conveniente desarrollar una estrategia dirigida a fomentar confianza, determinar responsabilidades y solucionar los problemas que plantean las firmas electrónicas, los equivalentes funcionales y las entidades certificantes, fijando reglas de juego claras, en un ambiente legal predecible, por lo que la Ley de UNCITRAL resulta una contribución significativa que no debe ignorarse.

Opina asimismo la jurista Piaggi, que seguir la Ley de UNCITRAL, armonizaría la legislación (se refiere a la argentina) con base en una propuesta consensuada en el marco del organismo multilateral, y se consolidarían los escenarios de interacción, por cuanto se trata de una

⁸² <http://peru21.pe/noticia/214884/comercio-electronico-peru-crecio-100-dos-anos>

⁸³ PIAGGI, Ana, Op. Cit., p.78

norma de excelente calidad, que permitirá aprovechar experiencia y desarrollo sin estériles duplicaciones de tiempo e inversiones, lo cual implicaría también armonizar la legislación en la comunidad internacional⁸⁴.



⁸⁴ PIAGGI, Ana, Op. Cit., p.78

CAPITULO II

Algunos contratos innominados

Seguramente, será difícil poner de acuerdo a los diferentes estudiosos del tema de Contratos sobre cuáles son los contratos innominados, como será difícil hacer una enumeración de ellos, que podrá variar en función del punto de vista de los expertos e incluso del país en el que se encuentren éstos. Algunos de ellos en un país determinado puede ser un contrato típico o Nominado y en otro país, el mismo contrato podría ser innominado.

Por ello, analizaremos algunos estudios realizados por juristas peruanos, que han tratado el tema con seriedad, quienes consideran algunos contratos como innominados, especialmente por el modo como han venido aplicándose en nuestro país; luego de lo cual, revisaremos la regulación jurídica que tienen actualmente.

1.- Algunos contratos innominados.

1.1 Fideicomiso

Esta figura tuvo su origen en el derecho sucesorio romano, donde se le utilizó con la posibilidad de admitir facetas lícitas o ilícitas, puesto que intentaban eludir a determinados herederos o la legítima.⁸⁵ También se utilizaba en el ámbito familiar para la protección de menores, dementes o ancianos, que transfieren su patrimonio a un fiduciario para su administración. El surgimiento de la banca con suficiente respaldo para suscitar confianza en los inversores, permitió la expansión de esta figura como instrumento de ahorro e inversión.

⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima, p.165.

En el primer caso, el ahorrista prescinde del depósito a plazo fijo tradicional, para transferir esos fondos al banco, a quien designa como fiduciario y las rentas se entregarán al beneficiario designado, luego de vencido el plazo o al fallecimiento del fiduciante,⁸⁶ el patrimonio será entregado al fideicomisario.

Como herramienta de captación de fondos que son administrados por una entidad fiduciaria ha encontrado una amplísima aceptación: para financiar la construcción de edificios, para invertir en los fondos de pensión y jubilación, seguro de vida, y otros.

La doctrina ha identificado los inicios de este contrato en el derecho romano y anglosajón.⁸⁷ En su origen romano el *fidei commissum* es un encargo que se confía a la honradez y a la fe del *heres* (*testamentario o legítimo*), realizado por disposición de última voluntad, presentándose como una modalidad de las disposiciones testamentarias. Sirvió para superar la rigidez de los legados, y originariamente se basó exclusivamente en la confianza, al punto que no se concedió acción legal.⁸⁸

La otra vertiente es el *trust* anglosajón, el cual conoció el *use*, que se utilizó para eludir restricciones legales a la libre disposición de bienes inmuebles, transfiriéndolo a otra persona, lo que era basado exclusivamente en la confianza, ya que no había acción legal alguna, al igual que en el derecho romano. Luego, se admitió acciones fundadas en la regla de equidad.

En Estados Unidos, el *trust* surgió del modelo inglés, pero se amplió su concepto, tal como lo demuestra el American Law Institute para definirlo: es una relación respecto a bienes, sujetando a la persona

⁸⁶ Fideicomitente en la legislación peruana

⁸⁷ GIRALDI, Pedro, *Introducción al estudio del Fideicomiso*, en Derecho Empresario actual, Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, 1996, Buenos Aires.

⁸⁸ DI PIETRO, Alfredo, *Notas las Institutas de Gaiurs*, Ed. Librería Jurídica, nota 217, Bs. As.

que tiene la posesión de dichos bienes a deberes de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de la intención manifestada al crearlo⁸⁹. Se trata de una relación basada en la confianza, por el cual una persona es propietaria de una cosa, pero bajo la obligación de conservarla y utilizarla para el beneficio de otra. Es importante resaltar que el *trustee* que en nuestro caso es la fiduciaria, es calificado profesionalmente y tiene el deber de evitar conflicto de intereses, por lo cual no puede comprar los bienes, ni venderlos ni constituir préstamos.

Mosset Iturraspe⁹⁰ señala que los elementos de los negocios fiduciarios son: a) La confianza entre fiduciante y fiduciario, b) Doble juego de relaciones: real y obligacional, c) Legitimación del fiduciario para contratar respecto del bien fideicometido.

Son pocos los contratos considerados en el marco de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros No.26702 y legislación tan escasa podría continuar manteniendo a algunos contratos en el status de innominados⁹¹. Sin embargo cabe aclarar que el Fideicomiso ha sido privilegiado en atención del legislador y las últimas disposiciones tendientes a incrementar la competitividad económica de las empresas del sistema financiero peruano⁹², buscan extender el campo de acción de este Contrato, derivando la posibilidad de actuar como **Fiduciaria** no sólo a las entidades bancarias o Cofide, como estaba previsto anteriormente, sino también otorgándoles esta

⁸⁹ Op.cit. p.224

⁹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1975, p.225

⁹¹ En el Capítulo II de la Ley 26702, referida a Contratos e Instrumentos, ha considerado el legislador los siguientes Contratos: Cuenta Corriente, Depósito de Ahorros, Prenda Global y Flotante, derogada ésta última por la Ley de Garantías Mobiliarias; dedicándole un sub capítulo al Contrato de Fideicomiso, con una serie de artículos que podrían otorgarle la calidad o naturaleza Típica. Sin embargo, nuestra opinión es que aún persiste como Innominado, considerándose insuficiente su regulación.

⁹² Decreto Legislativo 1028 de 22 de junio de 2008, que ajusta diversas normas relativas al sistema financiero nacional al Acuerdo de Basilea II con ocasión de la implementación de tratados bilaterales, entre ellos el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.

atribución a las Financieras, Cajas Rurales, Cajas Municipales de Ahorro e incluso a las EDPYMEs.

No olvidemos que el Contrato de Fideicomiso ya se aplicaba en el Derecho Romano y el origen del nombre se debe a los vocablos *fides*: fe y *Commisium*: confiado y se aplicaba inicialmente para designar aquella disposición de última voluntad de aquella persona que decidía dejar sus bienes, encomendados a la buena fe de una persona para que, al verificarse su muerte,⁹³ o al cumplirse determinada condición o plazos, éste transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo en que se le hubiere indicado, dando origen así al Fideicomiso Testamentario que desarrolló la figura del negocio fiduciario en base a una *causa fiducia*.⁹⁴

Nuestro derecho positivo define de una manera burda el concepto de Fideicomiso indicando que se trata de una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario. Como vemos, una complicada y poco didáctico estilo para definir el Contrato de Fideicomiso que encierra una serie de negocios jurídicos y otorga una serie de beneficios a quienes lo celebran. Por una parte, se admite la existencia de un **negocio fiduciario** como figura jurídica basada en la confianza (*fiducia*)⁹⁵.

La denominación de “negocio fiduciario” a decir de López De Zavalía⁹⁶ es creación de Regelsberger, quien en 1893 afirmó que el “negocio

⁹³ MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando, *Derecho Comercial*, Tomo III, Grijley, 2006, Lima, p.304

⁹⁴ Op.Cit. p.303

⁹⁵ FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo II, p.5

⁹⁶ Citado por Farina, Juan M. en Op.Cit. p.7

fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos exceden de aquel fin, por ejemplo transmisión de la propiedad para garantizar un crédito”, del negocio fiduciario nace el efecto correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos al propuesto.⁹⁷ Como se trata pues, de un negocio de confianza, se encarga al fiduciario una representación, una gestión, incluso una disposición de bienes teniendo en cuenta las cualidades de honradez, probidad y corrección del obligado.

En el Perú, el contrato de Fideicomiso reviste un especial matiz, al considerar como Fiduciaria únicamente a las entidades del sistema financiero, que si bien hasta junio de 2008, estaba circunscrita a las entidades bancarias y Cofide, hoy se ha extendido a todas las entidades del sistema financiero, incluido el Banco de la Nación que actuó como fiduciario del Ministerio de Economía y Finanzas en representación de los accionistas de Telefónica del Perú SAA., procediendo a la desafectación y entrega de acciones, así como de dividendos correspondientes, teniendo en este caso el fiduciario como actividad principal, realizar todas las acciones necesarias para proteger los derechos de los accionistas de la subsidiaria peruana Telefónica del Perú SAA y promover la entrega de las acciones a sus propietarios. Todo esto en el marco de la oferta pública de intercambio, lanzada por la empresa española Telefónica S.A.⁹⁸

En resumen, el negocio fiduciario es un negocio de efectos complejos, pues tiende a preservar los derechos del fideicomitente, por cuanto éste puede exigirle al fiduciario que utilice su potestad jurídica sólo para ciertos fines y obligarlo a la restitución del derecho o de su equivalente, y en caso de violación, al resarcimiento del daño.

⁹⁷ Op.Cit. p.7

⁹⁸ <http://www.bn.com.pe/fideicomisos/fide-ex-cpt-busqueda.asp>

Son las empresas financieras, las que actúan, como fiduciarias⁹⁹, por lo menos en nuestro país y la posibilidad de realizar contratos de Fideicomiso estaban originalmente reservadas a los bancos y a COFIDE, sin embargo, con la finalidad de adaptar la Ley General del Sistema Financiero a los acuerdos de Basilea II para la implementación del tratado de libre comercio con Estados Unidos, se ha ampliado la posibilidad de realizar Fideicomisos a otros tipos de empresas del sistema, como Cajas Rurales y Cajas Municipales, entre otras.

Resulta interesante la experiencia del Fideicomiso en Colombia¹⁰⁰ ya que es el país con el mercado fiduciario más desarrollado de la región. Mientras en el Perú se tiene US \$ 7,500 millones de activos fideicometidos, sólo Fiduciaria Bancolombia (matriz de FiduPerú) administra aproximadamente US \$ 11,000 millones y todas las empresas fiduciarias de se país –que suman 26 contra apenas 2 especializadas en el Perú- superan los US \$ 60,000 millones en activos fideicometidos.¹⁰¹ La idea es compartir experiencias exitosas, que en este caso precisamente, muestran los resultados en Colombia, resaltando principalmente las ventajas y beneficios del fideicomiso en la gestión e inversión pública, aplicable incluso al sector público, en el que los ministerios, municipalidades y gobiernos regionales podrían aprovechar mejor el manejo de recursos y de información, ya que cuentan con infraestructura, conocimiento y especialidad para hacer estas tareas, con la garantía de una actividad vigilada, donde obviamente hay una rendición de cuentas, con la adecuada

⁹⁹ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán, *en Derecho. Economía y Empresa*, Edit. San Marcos, Lima, 1999. p.83

¹⁰⁰ Seminario Internacional denominado "Fideicomiso herramienta para el desarrollo económico nacional" realizada en agosto 2009 en Lima, dirigido a presidentes regionales, alcaldes y funcionarios de entidades del sector público, con la participación de especialistas en temas de fiducia, dentro de los cuales se encontraba el presidente de la Asociación de Fiduciarias de Colombia Federico Rengifo Vélez.

¹⁰¹ Datos extraídos de DePerú.com – Prensa

http://www.deperu.com/notasdeprensa/index.php?subaction=showfull&id=1250900808&archive=&start_from=&ucat=15

supervisión, que asegure que los recursos se destinen para los fines previstos. El Perú tiene un enorme potencial en este campo, en los últimos años los activos fideicometidos en el Perú han registrado un crecimiento de entre 15% y 20% anual, con la proyección de mayor crecimiento si se amplía el ámbito de la fiducia al sector público, tal como sugiere la experiencia colombiana, la que además trae como beneficios colaterales la contribución a la transparencia y eficiencia de inversiones estatales.

1.2 Leasing

El caso del leasing es una excepción en nuestro país, ya que al parecer se trata del contrato Innominado que mayor atención, al igual que el de Fideicomiso, ha despertado en el legislador. Si tuviéramos que hacer una clasificación de contratos comerciales, que están regulados en el Código de Comercio y trasladados al Código Civil posteriormente, contratos regulados en leyes especiales, y contratos innominados: sería pertinente ubicar al contrato de Leasing en la segunda categoría. En tal sentido, son varias las normas que regulan el contrato de Leasing, algunas dispersas en diversas disciplinas como por ejemplo en normas de carácter tributario.

El contrato de Leasing tiene como finalidad el financiamiento¹⁰², así fue considerado, como una forma de adquirir bienes de capital para pequeñas y medianas empresas y de bienes de consumo. Cuando uno desea o requiere de un bien en la empresa, puede comprarlo o arrendarlo, si lo arrienda puede hacerlo con la finalidad de cubrir temporalmente esa necesidad o con la finalidad de adquirirlo en un plazo determinado. La compra no se justifica si los bienes requieren de una renovación tecnológica permanente o si su utilización será temporal. El arrendamiento o alquiler tiene sus ventajas porque no

¹⁰² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima, p.165.

hay un incremento del activo ni una inversión inicial considerable, más bien sí hay un gasto por el pago de la renta. Lo más conveniente es entonces el arrendamiento reservándose el derecho de adquirirlo o comprarlo si así se desea. Se trata pues de una técnica de financiamiento que puede ser tratada desde varias perspectivas.

El empresario, comerciante o industrial que vende bienes a terceros, no quiere perder el "mercado de usos"¹⁰³ porque le significa un ingreso permanente, por lo tanto en lugar de vender sus bienes, los alquila con opción de compra y le agrega servicios de todo tipo que se transforman en una ventaja competitiva y que establece una vinculación estrecha con el cliente.

Una entidad financiera, si desea prestar dinero puede hacerlo a través de un mutuo, pero tiene que enfrentar problemas de garantías y hoy más que nunca debe cumplir con diversificar riesgo. En el Leasing al constituirse el gravamen sobre una cosa que todavía no pertenece al deudor y cuya recuperación es más sencilla, se disminuyen los estudios de riesgo y calificación de sujeto de crédito, lo cual reduce los costos inherentes al crédito.

En el contrato de leasing, el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su **uso y goce**, contra el **pago de un canon** y le confiere una **opción de compra** por un precio¹⁰⁴. El dador, como lo denomina Pisani o acreedor, como preferimos llamarlo nosotros, puede permitirse continuar siendo propietario y prevalerse de esa posición, lo cual es de gran utilidad cuando se trata de la venta a crédito de cosas muebles. En este contrato se plantea si la relación es bilateral o trilateral, debido a que en el primer caso se considera la participación de la sociedad de leasing y el usuario, mientras que en el segundo caso además de las

¹⁰³ Op.Cit. p.166

¹⁰⁴ PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006, p.169

mencionadas, a la persona de quien se adquiere el bien (proveedora).¹⁰⁵

En el leasing confluyen estas perspectivas: a) la de pagar un precio por el uso de una cosa, b) la de adquirirla en un tiempo futuro, c) la de tomar un crédito con garantía sobre esa cosa. Esta multiplicidad de finalidades ha provocado una serie de modalidades contractuales: a) El arrendamiento, por la transmisión del uso y goce de una cosa a título de poseedor, b) La compra venta, por la transferencia del dominio, c) La de mutuo de dinero, por el financiamiento implícito en la operación, d) La de un contrato de garantía. De allí que esta operación o contrato, sea atípico sometido a una regulación especial.

Esta figura es muy versátil y favorece el desarrollo económico, a decir de casi todos los contratos innominados, las empresas pueden acceder a bienes de capital, facilita la adquisición de ciertos bienes, como vehículos, e incluso inmuebles; hay por otro lado, un abaratamiento de los costos iniciales lo cual, disminuye los riesgos del negocio.

El Leasing es una técnica contractual que se ha originado en el Derecho extranjero, que se ha introducido en la práctica mercantil por efecto de la globalización como muchos de los contratos innominados que revisaremos, constituyéndose en uno de los “tipos legales de importación”.¹⁰⁶ La legislación en el derecho comparado es diversa y abundante, en Inglaterra surgieron los primeros vestigios de legislación referida al *hire-purchase* (*locación-compra*), que es una modalidad en la que se transfiere el uso, pero no el dominio. El leasing nace vinculado a la locación (to lease) y adquiere interés al

¹⁰⁵ MONTOYA ALBERTI, Ulises, en *Derecho, Economía y Empresa*, Editorial San Marcos, Lima, 1999. p. 172.

¹⁰⁶ LORENZETTI, Op.Cit. p. 168 para denominar así a los contratos innominados que conservan la denominación que tienen, originaria del derecho anglosajón.

ser utilizado como garantía, ya que el vendedor continúa siendo propietario de la cosa y puede recuperarla de terceros.

En el derecho europeo también hay numerosos textos legales referidos a este contrato. En Francia, la ley del 2 de julio de 1966, se ocupa de las operaciones de *Credit bail*, que son locaciones de bienes de equipamientos y mercaderías, celebradas por empresas que conservan la propiedad y dan al locatario la posibilidad de adquirir total o parcialmente los bienes mediante un precio, que se fija teniendo en cuenta el pago realizado a título de alquiler. En España el Real Decreto Ley 15/77, lo denomina "*arrendamiento financiero*". En Italia, la ley 183 de 1976, entiende por *leasing*, las operaciones de locación de bienes muebles e inmuebles, adquiridos o hechos construir por el locador a pedido e indicación del locatario, que asume todos los riesgos, y con facultad este último de adquirir la propiedad de los bienes locados al término de la locación.

En Sudamérica puede citarse la ley brasileña, uruguaya, chilena y la doctrina peruana. En Argentina el leasing se regula en la ley de actividades financieras 18061/69, que lo señala como una operación que consiste en dar en locación bienes de capital adquiridos con tal objeto.

Se trata de un contrato flexible, porque admite modalidades y subtipos, así como admite que las partes lo celebren teniendo fines diferentes: financiero, garantía, compra, locación.¹⁰⁷ Entre los tipos de leasing más conocidos y sobre los que han tratado la mayoría de autores encontramos: el leasing operativo, leasing financiero, leasing inmobiliario, leasing mobiliario, leasing de retro¹⁰⁸ o lease back. Cada uno de ellos con particularidades distintas, y con finalidades diferentes: en el **leasing operativo** se encuentra una solución a la

¹⁰⁷ La legislación argentina contempla el Leasing Financiero, Operativo, Inmobiliario, mobiliario, Lease back, y leasing internacional reconocida en la Convención de Ottawa de 1988

¹⁰⁸ Denominación utilizada por Ricardo Luis Lorenzetti en su op.cit. p.182

demanda de bienes que se requieren para su uso, de hecho con la opción de compra que distingue al contrato, pero en el que hay un deseo del titular de locar-vender el bien y el adquirente de usar-comprar. Es más frecuente en bienes de capital para industrias, equipos, maquinarias computadoras, fotocopiadoras, bienes de consumo en general, incluyendo automóviles. El **leasing inmobiliario** que es bastante común en nuestro país, tiene por finalidad la adquisición de inmuebles, para lo cual la sociedad de leasing o entidad financiera autorizada para ello (Perú – Ley 26702) adquiere el inmueble por indicación de la empresa tomadora y/o constructora y le otorga el uso y goce contra el pago de un canon, con opción de compra luego de pagada una determinada cantidad en un plazo establecido.¹⁰⁹

Así también el **leasing financiero** que tiene se utiliza con bastante frecuencia y con el que además se cumple la finalidad de esta figura jurídica, la cual es, facilitar mediante el financiamiento, el acceso a determinados bienes. Se hace entrega del bien con la finalidad de uso por un precio, durante un plazo, otorgando una opción de compra, previo pago del valor residual. En este caso el arrendador es una entidad financiera y no un fabricante o distribuidor de productos.¹¹⁰ El **leasing mobiliario** por otro lado, no tiene otros elementos diferenciadores que el bien mueble que es objeto de uso-adquisición. En el **lease back** hay una adquisición del bien por la sociedad de leasing o entidad financiera, que ha sido transferida por una empresa industrial que ya tiene dentro de sus activos este bien, pero que lo que necesita es financiamiento, entonces la entidad financiera una vez propietaria del bien, se lo transfiere en calidad de arrendamiento. Por esta razón se ha cuestionado al lease back un contrato bipartito, en el cual no hay un pedido o elección del bien por parte del tomador,

¹⁰⁹ Op.Cit. p.181

¹¹⁰ MONTOYA ALBERTI, Ulises, en *Derecho, Economía y Empresa*, Editorial San Marcos, Lima, 1999. p. 172.

con lo cual se pierde la calidad de tripartito. En Argentina, la Ley 24441 prohibió esta modalidad de leasing, y hay toda una discusión en torno a si se trata de una figura atípica e incluso ilícita, especialmente por sus efectos tributarios.

Si el leasing se trata de un contrato atípico o no, resulta de los contratos que comprenden éste. Hay quienes opinan que se trata de acto jurídico complejo integrado por dos contratos típicos (compraventa y locación), pero hay quienes sostienen que el leasing per se es un contrato atípico. En el Perú, no olvidemos que se encuentra regulado por el D. Leg. 299, que ya le otorga de cierta forma su tipicidad.¹¹¹

1.3 Underwriting

Existe una explicación a la denominación de este contrato, que en realidad no tiene mucha relación con el contenido u objeto del contrato y que lo relata Alex Bravo en su libro sobre Contratos Atípicos e Innominados. Sostiene Bravo¹¹² que aseguradores y tenedores de riesgos sentados en el Lloyd's Coffee House escribían sus nombres bajo el contrato de seguro por el monto del riesgo que asumían sobre el viaje que se aseguraba. Como las firmas se registraban debajo del texto del contrato, se denominó Underwriting, cuya traducción literal equivaldría a *debajo de lo escrito*. Lo que está claro es que su origen es anglosajón.

El contrato ha sido definido como el celebrado entre una entidad financiera y una sociedad comercial, por medio de la cual, la primera se obliga a prefinanciar, en firme o no, **títulos valores** emitidos por la sociedad, para su **posterior colocación**¹¹³. Se trata pues, de un

¹¹¹ De fecha 26 de julio de 1984

¹¹² BRAVO MELGAR, Sydney Alex, *Contratos Atípicos e Innominados*, Ediciones Iberoamericana, Lima, 2003. p. 215

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima, p.101.

contrato celebrado entre una entidad emisora y un banco o entidad financiera, con la obligación en relación a una emisión de valores mobiliarios, con la finalidad de asegurar su cobertura. El *underwriter* que es como se denomina a la entidad financiera, ofrece también, servicios de asesoramiento, gestión y otros.

El Underwriting se halla regulado en Estados Unidos a través del Acta Glass-Steagall de 1993. Se trata de una ley federal relativa al registro de títulos valores que serán colocados al público, incluyendo en ella toda la información relacionada con el emisor y su correspondiente oferta. De detectarse información incompleta o inexacta, el Acta establece que el declarante tendrá responsabilidad civil y penal, si los inversionistas sufrieran pérdidas como efecto de la falsedad u omisión en la declaración. Luego de que la solicitud es revisada por la SEC "Security Act", ésta emite el registro ad-hoc.¹¹⁴

En el Perú hay una serie de dispositivos legales, todos aislados, que insertan la posibilidad de la ejecución de este tipo de contratos en nuestro país. Sin ir muy lejos la Ley General del sistema financiero y de seguros, le dedica un par de incisos en el art.221, permitiendo que dentro de las operaciones bancarias, se considere la adquisición y negociación de certificados de depósito emitidos por una empresa, instrumentos hipotecarios, warrants y letras de cambio provenientes de transacciones comerciales. Por otro lado autoriza el inc.18 del mencionado artículo, la adquisición conservación y venta de acciones de las sociedades que tengan por objeto brindar servicios complementarios o auxiliares. Estas autorizaciones inicialmente estaban otorgadas exclusivamente a las entidades bancarias, pero a partir de la modificación surgida con la finalidad de adaptar la legislación bancaria al acuerdo de Basilea II, requerimiento fundamental para la implementación del Acuerdo de Promoción

¹¹⁴ Op.Cit. p. 215

Comercial Perú – Estados Unidos, D. Leg.1028, se otorga estas facultades a todas las entidades que conforman el sistema financiero, ampliando su campo de acción, permitiendo que entidades como Cajas Rurales, Financieras, Cajas Municipales y Edpymes, puedan realizar negocios de adquisición y compra de instrumentos financieros, es decir de realizar contrato de Underwriting. Esto no eleva la categoría de continuarlo considerando un contrato atípico e innominado, ya que no existe una norma específica que lo regule y que le asigne un *nomen juris*. En conclusión, El contrato de Underwriting es una figura no regulada en nuestro medio, no obstante que se celebra con cierta frecuencia, conjuntamente con la Oferta Pública Primaria de valores mobiliarios.

Max Arias-Schreiber¹¹⁵ al referirse al contrato de Underwriting recomienda no utilizar esta expresión, indicando que debería denominarse “contrato de emisión” o “Colocación de valores”.

El Underwriting es un contrato bancario que permite diversificar riesgo a las entidades financieras y es un negocio que dota de asistencia financiera a las empresas.¹¹⁶ Las empresas tienen algunas alternativas para obtener recursos financieros, en caso de requerirlos, una de ellas es aumentando el capital, emitiendo obligaciones y recurriendo al crédito. El aumento de capital no tiene costo financiero, aunque sí un pequeño costo administrativo y lleva algo de tiempo en función de lo que tarde la escrituración y su formalización registral, por lo cual no resuelve un problema de fondos urgentemente, con lo cual resulta inconveniente esperar que se integre la emisión de acciones. En estos casos se recurre a una entidad financiera que se instituye en “Writer”, tomando a su cargo la colocación de la emisión de acciones y anticipa fondos a cuenta de dicha emisión, o bien la adquiere a su totalidad para luego colocarla;

¹¹⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Contratos Modernos*, Gaceta Jurídica, Tomo II, p.139

¹¹⁶ BRAVO M. Op.Cit. p.217

de cualquier modo proporciona a la sociedad emisora los fondos de dinero como resultado de la emisión accionaria.

Las entidades financieras están en óptimas condiciones para prestar este servicio a las grandes empresas que en nuestro país específicamente, están constituidas como sociedades anónimas, ya que no sólo por su acercamiento a la empresa-cliente, le permite conocer a sus compradores o interesados de participar en el capital de éste, sino también, porque de esa manera cumple con la dispersión del crédito y la diversificación de riesgo, en virtud de las cuales, amplía el ámbito de sus operaciones.

Eduardo Martorell¹¹⁷ señala que la realidad económica de nuestro tiempo nos muestra que las empresas sólo pueden mantener un grado constante de expansión y desarrollo tecnológico en la medida en que cuenten con un permanente flujo de recursos financieros. La obtención de estos recursos puede provenir del mercado de dinero o del mercado de capitales, a través del financiamiento directo o de aportes de capital. En caso de optar por un aumento de capital, que necesariamente implica el incremento de los aportes de socios y como consecuencia de éste el incremento de la emisión de acciones, entonces, pueden recurrir al contrato de Underwriting, el cual permite canalizar la asistencia financiera requerida, por medio de títulos valores emitidos por la sociedad emisora, que son adquiridos por terceros interesados.

El contrato de Underwriting estrecha el vínculo entre las entidades financieras y el mercado de capitales, en el cual una empresa emisora de títulos valores encarga a otra que es una entidad financiera, su colocación en el mercado, actuando como intermediaria y pudiendo otorgar garantías.

¹¹⁷ Citado por BRAVO MELGAR, Sydney Alex, en Op. Cit. P.217

Algunos tratadistas señalan que este contrato tiene dos modalidades:

- a. Underwriting en firme cuando la entidad financiera que prefinancia la emisión de títulos valores, los adquiere a la sociedad comercial para luego enajenarlos a otros inversionistas, en cuyo caso si el underwriting adquirió acciones se convierte en accionistas de la sociedad, condición que mantiene hasta la colocación en el mercado¹¹⁸ y en acreedor si adquirió *debentures*¹¹⁹
- b. Underwriting de colocación: cuando no hay un adelanto de fondos y consecuentemente no hay ni compra ni préstamo. El underwriter solamente compromete una obligación que consiste en colocar los títulos en el mercado de capitales. Para algunos tratadistas, en este caso no hay un contrato de underwriting porque no hay financiamiento.¹²⁰

El contrato de underwriting es atípico y como es común en estos casos se debe calificar para determinar cuál es la legislación aplicable. Hay una fórmula que propone Lorenzetti en la obra que analizamos y es que la calificación comprende dos etapas: la primera en la que se establece los contratos análogos y la segunda, en la que se fija la legislación aplicable, ya que según indica el mencionado autor: se trata de una técnica que depende en extremo del marco institucional que la regula y sin el cual no existiría.

La operatividad de este contrato es una forma común que tienen las grandes empresas para obtener créditos. Por lo general estos títulos

¹¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima, p.103

¹¹⁹ Títulos transferibles que emiten las empresas mercantiles. Es un crédito a largo plazo que la empresa requiere para ampliar sus actividades. Para estos créditos se emiten "títulos de créditos" que el público suscribe con el ánimo de obtener un interés fijo sobre la inversión.
www.financiero.com/diccionario_financiero/

¹²⁰ LORENZETTI, Op.Cit. p.103

se colocan en el exterior, donde las tasas que se pagan resultan atractivas.

1.4 Franquicia o Franchising

Probablemente el contrato no legislado o típico que mayor expansión ha tenido en la comercialización de productos y servicios.

En este contrato el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos (**know how**) y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.¹²¹

El franquiciante, se entiende, debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en la franquicia, o en su caso tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.

La franquicia es un contrato que surge cuando una de las partes que tiene un negocio probado y conocido, contrata con un tercero para que éste instale un negocio similar, utilizando la marca, el nombre y el conocimiento que el franquiciante le cederá. Como podemos apreciar claramente, se trata de un contrato de **adhesión**.

Puede decirse que el contrato de adhesión designa aquellos supuestos en las cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un **contenido prefijado** para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen. La característica

¹²¹PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006.p.185

más importante de esta forma de contratación consiste en que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del contrato por las partes contratantes. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas.¹²²

El contrato de franchising es una modalidad contractual que mueve grandes cantidades de capital, recursos humanos, beneficiando no sólo a las partes que intervienen sino a los usuarios en general, ya que se puede lograr acceder a mercados específicos. Dentro de sus beneficios están la limitación de riesgos comerciales en el llamado comercio de detalle¹²³ debido a la utilización de productos amparados bajo una marca ya conocida, manteniendo la independencia de la empresa y la responsabilidad comercial del negocio.

En el contrato de Franquicia se reúnen varias formas contractuales, como es el caso del suministro, la concesión, la licencia, parte del contrato de agencia, de locación o alquiler, así como el comodato de algunos bienes o equipos. De tal manera que todas estas formas o figuras jurídicas se unen para dar vida a una forma contractual diferente de cada una de ellas, con la atinencia de que algunos especialistas ven en el contrato de franquicia un simple contrato de concesión mercantil.

El contrato de Franquicia en los últimos años se ha incrementado considerablemente y dentro de sus ventajas más conocidas tenemos: a) un negocio probado, que sabe manejarlo y al que le interesa el crecimiento de dicho negocio. Esto permite que el franquiciado con un capital limitado, asuma menos riesgos al introducir el negocio, pues se trata de un producto o servicio con posicionamiento en el

¹²² SILVA-RUIZ, Pedro, *Contratos de Adhesión, Condiciones Contractuales Generales*, en Instituciones de Derecho Privado, Contratación Contemporánea, Tomo II, Palestra, Lima, 2001.

¹²³ MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando, *Contrato de Franchising, Derecho Comercial*, Tomo III, Grijley, 2006, Lima, p.320

mercado, con prestigio ganado y con el compromiso de asistencia técnica por parte de quien dispone el Know How sobre la marcha de dicho negocio.

Existen diversos tipos de franquicias como la **de productos** donde lo que predomina es la venta de los productos que siempre son de una determinada marca. Las franquicias **de servicios** son aquellas donde lo que predomina es la prestación de un servicio por sobre la comercialización de productos.

Son indiscutibles los beneficios que otorga a sus celebrantes, este contrato, por un lado al franquiciante de poder expandir la venta o distribución de sus productos o servicios, de acceder a mercados estratégicos, y para el franquiciado el de disminuir los riesgos por trabajar con una marca conocida; sin embargo se ha discutido ampliamente sobre los costos de estas transferencias, en las que si bien, se transfieren distintos elementos de la propiedad intelectual como la marca, el know how, el logo, o los procedimientos, al que hay que asignarle un canon de entrada o royalty, además el franquiciante podría exigir del franquiciado pagos posteriores por el volumen de ventas o ingresos, considerando el empoderamiento de la empresa franquiciante.

El franquiciado por su parte, conservará la independencia jurídica, pero se obligará a guardar confidencialidad, no competir con el franquiciante y a asumir los compromisos derivados de todo contrato de adhesión.

En el Perú el contrato de franquicia ha tenido un tratamiento regulador, aún cuando no existe legislación propia para contemplar todas las cuestiones derivadas del incumplimiento, éstos deben inscribirse en el Registro de Franquicias en Indecopi. Sin embargo esta formalidad no es del todo cumplida.

Uno de los problemas que presenta el contrato de Franquicia es que al contener una cesión de uso de licencia, puede darse el caso de que las cláusulas contractuales sean contrarias a la libre competencia, o atenten contra normas de derechos de propiedad intelectual, en cuyo caso la autoridad encargada de su registro, que para efectos nacionales es Indecopi, debe observar el contrato.

Frignani, citado por Montoya Alberti¹²⁴ considera al contrato de franquicia dentro de la categoría de los acuerdos de distribución, ya que uno de sus fines es el de lograr puntos de venta distributivos a través de la firma de varios contratos en distintas zonas geográficas a las cuales tendría el franquiciado difícil acceso, logrando así una intervención indirecta en dicho mercado.

Se trata indudablemente de un contrato de colaboración empresarial, es un contrato atípico pues no se encuentra regulado en nuestro derecho positivo, sin embargo, opina Montoya Alberti¹²⁵ que estamos frente a un contrato nominado, donde la colectividad lo viene identificando bajo un nombre que hasta ahora presenta dualidad, pues por un lado se le suele nombrar como *franchising*, manteniendo así el nombre originario o el de *franquicia*, llevándolo al idioma español. Entendemos, desde nuestro punto de vista que se refiere a una nominación social más que legal. Nos hace recordar en ese sentido el autor consultado, del origen del franchising como mecanismo de distribución, creado por Singer en Estados Unidos en los años 1850 y que adquiere mayor dimensión en los años treinta con la cadena Howard Johnson, y luego de 1950 en adelante, con las cadenas de hoteles Holyday Inn y de comidas como Burger King y MacDonalds.

¹²⁴ MONTOYA ALBERTI, HERNANDO, op.cit. p.323

¹²⁵ MONTOYA ALBERTI, Hernando, Op.Cit.p.324

Se trata de un contrato de prestaciones recíprocas porque ambas partes se comprometen a cumplir las obligaciones pactadas. Otra de las características del contrato es su larga duración, en razón de la inversión, que no es poca, considerando que debe hacerse pagos por ingreso en el mercado o royalties, posteriormente, se tendrá que pensar en beneficios a mediano y largo plazo hasta que se pueda consolidar el franquiciado y hacerse conocido en el mercado.

1.5 Contratos de Derivados o Instrumentos Financieros Derivados

Es claro que los mercados financieros evolucionan expandiéndose en instrumentos cada vez más complejos, de modo tal que se crea una especulación sobre la evolución de un bien intangible enlazado a un producto financiero que se cotiza en el mismo mercado financiero. Los **derivatives** son contratos financieros en los cuales un sujeto se obliga a pagar a otro, una suma de dinero que será determinada conforme a la evolución de otro bien que se toma como referencia; cuya novedad consiste justamente en que el precio del contrato puede fijarse con referencia a otro bien o al precio de mercado.¹²⁶

La falta de certeza en los resultados de una inversión, que sólo son conocidos en la fecha (futura) en la que se rediman, paguen o sean exigibles, ha llevado a buscar mecanismos de protección, cobertura y aseguramiento de dichos resultados. Estos mecanismos surgen a través de modalidades contractuales diversas, que se basan en activos y hechos conocidos, llevando a transar instrumentos cuyos resultados derivan de tales activos y sus proyecciones respectivas, lo que precisamente ha motivado su denominación como "derivatives" "derivados" o "derivativos". Esto es, productos que se generan o

¹²⁶ LORENZETTI. Op.Cit. p.109

dependen de otros, a los que se les denomina subyacentes o productos base.¹²⁷

Estos contratos generan la obligación o el derecho de una de las partes del contrato, de hacer entrega o exigir, en una fecha próxima o futura, un bien, teniendo como contraprestación de cargo de la parte beneficiaria del contrato, pagar un precio, en la forma y modo predeterminados. La particularidad fundamental es que el bien pueda ser un activo o la evolución resultante de éste. En consecuencia, los bienes pueden ser acciones, commodities¹²⁸, índices de acciones, moneda extranjera; o también variaciones en los precios, cotizaciones, tasas de interés o tipos de cambio, etc.

El esquema básico de todo derivado es el siguiente:

- Hay un contrato mediante el cual se adquiere un bien
- Ese bien es un título valor cotizable en bolsa, como una acción, o bien en el mercado financiero.
- El precio de ese bien se establece con relación a otro subyacente, que es otro activo financiero (valor de moneda, precio de commodities o materia prima, una tasa de interés).
- Puede perseguir una finalidad de cobertura frente al riesgo de oscilación en el precio de un bien.
- Puede tener una finalidad especulativa, a fin de obtener ganancias con la suba o la baja y las diferencias existentes en el plazo.¹²⁹

Las modalidades que pueden asumir estos instrumentos son numerosas y dependen sólo de la creatividad de los operadores

¹²⁷ CASTELLARES AGUILAR, Rolando; DIAZ ORTEGA, Enrique; ROCCA CARVAJAL, Lilian; VARGAS PIÑA, Julio. *"El ABC del Mercado de Capitales"*, Centro de Estudios del Mercado de Capitales y Financiero, Lima, 1998.

¹²⁸ mercancía, en economía es cualquier producto destinado a uso comercial. Al hablar de mercancía, generalmente. El significado tradicional de *commodities* se circunscribió al de materias primas o a granel. <http://es.wikipedia.org/wiki/commodities>

¹²⁹ LORENZETTI, Op. Cit. P.108

financieros y es por ello que se hace difícil hacer una clasificación rigurosa de éstos, por esto nos limitamos a hacer la división más utilizada por algunos autores, por cierto, por ser los más comunes. Dentro de los derivados o instrumentos financieros derivados más usuales en estos días, tenemos los contratos a futuro, forwards, swaps y opciones.

1.5.1 Forward

El contrato Forward se realiza en forma privada entre dos partes, en la cual una se obliga a comprar o vender activos, a un precio establecido en la fecha del contrato. Se pueden utilizar los contratos de forward para los siguientes tipos de activos: metales, commodities y monedas¹³⁰.

Forward es todo acuerdo o contrato entre dos partes, hecho a la medida de sus necesidades y por fuera de bolsa, para aceptar o realizar la entrega de una cantidad específica de un producto o subyacente con especificaciones definidas en cuanto al precio, fecha, lugar y forma de entrega.

Los contratos Forward se usaban en Europa en la Edad Media, En Asia eran utilizados hace más de 400 años y hoy es un contrato ubicado en un mercado regulado y controlado, con compradores, vendedores, inversionistas y especuladores.

Las principales características del Forward es que se trata de un producto a medida (No es estándar), en cuanto a la responsabilidad de las partes es de obligatorio cumplimiento, teniendo en cuenta que el riesgo de la contraparte y el riesgo de mercado son los más importantes, se diferencian de los contratos a futuro porque no se

¹³⁰ CASTELLARES, Op. Cit.

transan en mercados organizados sino directamente entre las partes interesadas. No es posible abandonar con facilidad la posición tomada antes del vencimiento, salvo que haya acuerdo entre ambas partes para resolverlo, lo que resultaría la excepción.

Además, no tiene un mercado secundario, dada su individualidad o particularidad y el objeto principal es la entrega efectiva y física del bien.

Los riesgos de incumplimiento de la parte no están adecuadamente protegidos, tomando cada inversionista siempre un riesgo de contraparte respecto del otro.

No tiene garantías, salvo que se le acuerden medidas de seguridad especiales para cada caso.

Se debe tener en cuenta para efectivizar un contrato de forward:

- 1.** Fecha futura: la fecha en que las partes realizaran la operación de compra / venta de Dólares bajo las condiciones pactadas.
- 2.** Posición: es la posición que cada una de las partes define. Esta puede ser "compradora" o "vendedora".
- 3.** Monto: define el importe de la operación, denominado en la divisa a transar
- 4.** Precio Forward: el precio al cual las partes realizaran la operación pactada.
- 5.** Liquidación: la forma en la que las partes transferirán los activos en la fecha futura.

Estos contratos se liquidan por entrega física y por compensación.

Tipos de Forward de Divisas

1. Por Entrega Física (Delivery Forward):

Se da el intercambio físico de monedas al vencimiento de la operación, según el tipo de cambio pactado.

2. Por Compensación (Non Delivery Forward: NDF):

Llegada la fecha de vencimiento se compensa el diferencial entre el tipo de cambio futuro pactado y el promedio de compra/venta (tipo de cambio spot).

Usualmente el tipo de cambio usado para la compensación es el promedio de compra y venta del día publicado por la SBS.

1. Cobertura: El cliente reconoce la necesidad de fijar del tipo de cambio en una fecha determinada, con el fin de conocer su flujo de caja real. Esta necesidad es consecuencia de la actividad de negocios que realiza. El cliente desea eliminar el riesgo de que el movimiento del tipo de cambio lo perjudique económicamente.

2. Inversión: Oportunidad de negocio.

❖ **Forward Cerrado (Arbitraje):** El cliente reconoce una oportunidad de comprar y vender al mismo tiempo un contrato con un margen de utilidad.

❖ **Forward Abierto (Especulativo):** El cliente especulativo es aquel que toma una posición en un contrato forward esperando el movimiento del mercado cambiario favorezca su posición. (Posición larga o corta)

Beneficios de un contrato de Forward

- Mecanismo de cobertura mediante el cual el cliente obtiene una tasa de cambio fija a futuro.
- El cliente queda inmune ante movimientos adversos en el tipo de cambio.
- No requiere de liquidez para realizar la cobertura.
- Permite planear los flujos de caja futuros en la medida que se conoce en forma cierta la cantidad de soles a recibir o a pagar.
- Flexibilidad al cumplimiento, ya que el cliente, con previo acuerdo con el Banco, puede escoger el Forward Delivery o Non-Delivery.
- Se puede combinar de forma atractiva con otros instrumentos del mercado

Para acceder a un Forward existe la necesidad de contar con una línea de crédito en el sistema financiero

El precio Forward se calcula de dos maneras:

1. Por diferencial de tasas (Forward Sintético).
2. De acuerdo con expectativas de devaluación.

Por diferencial de tasas, el costo de un forward es el resultado del diferencial de las tasas de interés doméstica y la tasa de interés de la divisa.

El Poder Ejecutivo promulgó con respecto al tema de instrumentos financieros derivados, el Decreto Legislativo No.970 (24/12/2006) y el Decreto Legislativo No.979 (15/03/ 2007). En términos resumidos, para que los gastos en los instrumentos financieros derivados sean deducibles para efectos del Impuesto a la Renta, se debe demostrar que son de cobertura. Debe presentarse a la SUNAT la justificación de ésta, lo cual puede ser engorroso. Sin embargo, la SUNAT aún no señala la manera cómo se va a medir la eficacia de la cobertura. Está

en discusión si es adecuado como criterio de diferenciación entre una operación de cobertura y una especulativa.

En caso que, como consecuencia de la diferencia entre el precio de compra pactado en el contrato de forward y el precio de venta a la fecha de celebración referida en el contrato, se obtenga una ganancia, ésta se encontraría gravada con el Impuesto a la Renta (renta gravable de 3ra categoría).

Por otro lado, los gastos en instrumentos financieros derivados que no tengan fines de cobertura sólo serán deducibles de ingresos obtenidos en instrumentos financieros derivados que no tengan fines de cobertura.

1.5.2 Contrato de Futuros

Conocido también como *futures contract*. Es un contrato estandarizado, negociado en una Bolsa, para comprar o vender un bien a precio y fecha futura establecida. Los contratos de futuro están estandarizados de acuerdo a la calidad, cantidad, fecha de entrega y localización para cada bien, el precio es la única variable que es resultante de la negociación en Bolsa. El contrato es ajustado diariamente, basándose en su valor corriente de mercado.

En este contrato las partes intervinientes se obligan a comprar o vender activos, reales o financieros, en una fecha futura, especificada previamente, a un precio acordado en el momento de la firma del contrato¹³¹

Son contratos estandarizados a través de los cuales se establece la obligación de comprar o vender una cantidad determinada de un activo en una fecha determinada y a un precio determinado y se les considera atípico al que se le aplican las normas de la compraventa

¹³¹ LORENZETTI, Op. Cit. p.109

futura con fijación del precio por parte de un tercero o por referencia a una cosa y sobretodo por las normas regulatorias o circulares que existen en el mercado

Es importante señalar que los bienes, objeto de transacción, deben ser posibles de ser estandarizados u homogéneos, pudiendo consistir en materias primas, metales preciosos, petróleo, productos industriales, instrumentos financieros, moneda extranjera, hasta índices financieros como tasas de interés o índices bursátiles.

Con frecuencia se suele confundir los contratos de futuro con contratos a plazo o llamados también a término, como es el caso de los *forwards*. Entre ambos, aun cuando podemos encontrar algunas similitudes, existen diferencias sustanciales. Así, los contratos a futuro tienen por objeto solo bienes estandarizados. Se trazan, por tanto, a través de mecanismos centralizados de negociación como las bolsas de valores y cámaras de compensación; puede abandonarse fácilmente una posición, contratando una transacción contraria.

Tanto los contratos de futuro como los *forward* resultan muy útiles, sea para coberturas de riesgos por cambios o fluctuaciones de precios; de igual modo, como alternativas de inversión con menor costo, sin embargo, estos instrumentos derivados plantean numerosos problemas que han llevado a la desestabilización económica a entidades y a asumir enormes pérdidas a muchos inversores.

Los contratos con productos financieros, como sería el caso de las tasas de interés, proporcionan a los agentes interesados un instrumento de gestión de sus costos financieros.

En el caso de divisas, permite conocer con certeza el ingreso o egreso que generará la transacción que realiza.

Los contratos con índices bursátiles o de acciones, se protegen de las fluctuaciones y variaciones de las cotizaciones, proporcionando un mecanismo para invertir en ese mercado a menores costos. He aquí una diferenciación:

<u>Contratos a plazo</u>	<u>Contratos futuros</u>
<ul style="list-style-type: none"> ❖ Es privado entre dos partes. ❖ No son estandarizados. ❖ Hay una fecha fija de entrega. ❖ Precio conocido al inicio y fin del contrato. ❖ Entrega del físico o liquidación en efectivo. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Masivos y negociados en mecanismos centralizados. ❖ Son estandarizados ❖ Categorías de posibles fechas de entrega. ❖ Precio se ajusta diariamente según el mercado. ❖ Se liquidan antes de la entrega.

1.5.3 Contrato de Opción

La opción es otro contrato derivado que se transa en bolsa, por el que una parte concede a la otra el derecho pero no la obligación, de comprar (*call options*) o vender (*put options*) en determinado activo, a un precio en algún momento en el futuro

Contrato especificado en un instrumento financiero cuya adquisición otorga al titular el derecho de comprar o vender un lote de acciones o contrato de futuro a un precio convenido. En este contrato por el pago de un precio, se obtiene un derecho de optar por la compra o venta de un activo financiero determinado en una fecha futura y a un precio determinado al momento de celebrarse el contrato. En este

caso, resultan aplicables, además de las normas regulatorias especiales, todo lo dispuesto para los contratos de opción autónomos. Es análoga al contrato de seguro si la finalidad es de cobertura, mientras que si es especulativa, es referente al contrato de juego.¹³²

Opción de venta o put option. Contrato por el cual un comprador adquiere el derecho pero no la obligación de vender un lote de acciones o contrato de futuros, a un precio predeterminado a la fecha de expiración.

Opción de compra o call option. Contrato por el cual un determinado comprador de la opción adquiere el derecho pero no la obligación de comprar un lote de acciones o contrato de futuros.

La fecha límite para ejercer el derecho es conocida como fecha de expiración o vencimiento y el precio al que se puede ejercer, es el precio de ejercicio o de cierre o en cualquier momento, durante la vigencia del contrato.

El que ofrece la opción tiene una compensación *prima de opción* que es fijada en el mercado al momento de realizar el contrato, y debe ser desembolsada por el titular de la opción en el momento de realización del contrato. .

Las diferencias que existen entre la opción y los títulos clásicos, es que las primeras no representan activos del emisor. El titular de una opción sólo tiene el derecho de comprar o vender acciones en el futuro, lo cual representa solo un derecho potencial sobre los activos de la empresa. Este titular sólo tiene un acuerdo con la otra parte sobre la posible adquisición o venta en el futuro de los títulos a un precio determinado. Cabe señalar que ni el emisor ni el posible

¹³² LORENZETTI, Op.Cit. p.109

comprador o vendedor de la misma, tienen influencia alguna sobre la empresa.¹³³ Las opciones pueden ser:

Opciones sobre divisas: que da a su titular el derecho de adquirir o de vender una cantidad fija de una divisa a un tipo de cambio predeterminado, a cambio de pagar un prima sobre dicho derecho; tiene un esquema muy similar a la opción sobre acción, lo único que cambia es le activo subyacente.

Opción sobre índices: donde el activo subyacente es una cartera de activos, aquellos que componen el índice y en la proyección precisa para reproducirlo. En este caso, el inversionista que decide ejercer la opción, no conoce el monto que va a recibir, toda vez que, éste conoce hasta el momento del cierre del mercado.

Opción sobre futuros de tipos de interés: es el contrato que da derecho a su titular a invertir a un determinado tipo de interés durante un periodo prefijado.

Marco legal de estos contratos en el Perú

En la legislación peruana, los contratos de futuros, opciones y a plazo, han sido tratados en diversas normas legales, mereciendo mención especial la circular SBS n° B-1971-95 del 27 de Abril de 1995, en la que se hace distinción entre estas modalidades contractuales, definiendo a los contratos de futuros de mercaderías a los acuerdos entre dos o más partes para comprar o vender mercaderías, en una fecha futura, definiéndose la cantidad, precio y fecha de ejecución de la operación. Por su lado, los contratos de opciones son los acuerdos mediante los cuales el comprador adquiere el derecho, más no la obligación, ya sea de comprar o de vender una determinada cantidad de mercadería específica, a un precio

¹³³ CASTELLARES AGUILAR, Rolando; DIAZ ORTEGA, Enrique; ROCCA CARVAJAL, Lilian; VARGAS PIÑA, Julio. *El ABC del Mercado de Capitales*, Centro de Estudios del Mercado de Capitales y Financiero, Lima, 1998

acordado; el vendedor adquiere la obligación de vender o comprar respectivamente, sujeto a que el comprador ejerza su derecho, en la fecha futura o antes de ella.

Esta misma circular señala que no resulta aplicable a los contratos a plazo o forwards, ni a los contratos de operaciones con carácter especulativo que realicen las instituciones financieras, las que pueden participar en los mercados de futuros y opciones, sea poniendo en contacto, por cuenta de sus clientes, o promocionando el mercado nacional de mercaderías.

En el Perú, a diferencia de países como Estados Unidos, Japón o Inglaterra, en los que se han alcanzado grandes logros o, en países como Argentina, Brasil y Chile más próximos a nuestra realidad, aún no tenemos un mercado de contratos de futuros organizado.

1.5.4 Swap

El swap, para algunos autores es el contrato a través del cual, las partes, se obligan a hacerse pagos recíprocos en fechas determinadas, fijándose las cantidades que recíprocamente se han de pagar. Otros autores afirman que se denomina Swap en un sentido restringido, a una doble operación de compra-venta de tipos de interés o de ambas, en virtud de la cual se compra en una fecha, la misma cantidad que se vende en otra fecha pre-fijada y a cambios convenidos de antemano. Asimismo, se denomina operación *swap* a la combinación de una compra de divisas al contado con una venta simultánea de la misma a plazo o viceversa. También algunos lo consideran una operación de pase de un título valor por otro¹³⁴

¹³⁴ LORENZETTI, Op.Cit.p.109

La modalidad del contrato Swap, es una transacción en la que una moneda se compra y se vende simultáneamente, pero con fecha de entrega distintas. Se trata de una transacción financiera en la que dos partes acuerdan intercambiar el beneficio de las respectivas ventajas que cada una de ellas puede obtener sobre los diferentes mercados.

Un swap, o **permuta financiera**, como también se le conoce, en realidad es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose IRS (Interest Rate Swap) aunque de forma más genérica se puede considerar un *swap* cualquier intercambio futuro de bienes o servicios, entre ellos el dinero, referenciado a cualquier variable observable. Un swap se considera un instrumento derivado.

Dado que es un compromiso de intercambio de dinero a futuro un swap tiene dos partes para cada uno de los contratantes: el compromiso de cobro de dinero a futuro y el compromiso de pago de dinero a futuro. Como cualquier contrato o compromiso de flujos de dinero debe tener un valor económico. El valor económico del swap, si es determinable, reflejará en cualquier momento del tiempo la cantidad a pagar o recibir para entrar o salir del contrato en función dependiendo del lado del compromiso en que estamos.

En un swap, el concepto de cobertura se le suele aplicar desde dos ámbitos:

- Pensando en que es un instrumento de cobertura de otros instrumentos financieros.

- Pensando en como cubrir el riesgo de tipo de interés que nos genera. Este riesgo se suele cubrir con otros instrumentos financieros como: futuros, depósitos o con otros swaps.

Los swaps se originan en el momento en que cada una de las dos partes del mencionado acuerdo, puede acceder a un mercado determinado en mejores condiciones.

En sus orígenes el Swap, era contraído generalmente entre dos Empresas, actuando los Bancos como mediadores entre ambas, aunque a veces actuaban como representantes indirectos, y asumían los riesgos derivados del incumplimiento de una parte frente a otra.

Actualmente, lo habitual es que el contrato de Swap, sea contraído entre una empresa y un banco. Asimismo, puede ser celebrado entre dos bancos, puesto que alguno de ellos habrá celebrado un contrato de Swap con un cliente suyo y busca luego la cobertura de los posibles riesgos en los que pudiera haber incurrido por virtud de ese contrato de Swap, por ende es viable hallar otro banco que a su vez haya celebrado otro contrato de Swap o tenga otras operaciones por las que haya incurrido en riesgo de tipo de cambio o tipo de intereses que desee cubrir, a través de la celebración de un contrato de Swap con el primer banco.

Las partes contratantes, se encuentran en un plano de igualdad casi absoluto, más es menester tener en cuenta que las obligaciones contraídas por los citados son diferentes o inversas, principalmente en los contratos de Swap, que son contraídos entre bancos. La operación se puede realizar en la misma moneda¹³⁵.

¹³⁵ CASTELLARES AGUILAR, Rolando; DIAZ ORTEGA, Enrique; ROCCA CARVAJAL, Lilian; VARGAS PIÑA, Julio. *El ABC del Mercado de Capitales*, Centro de Estudios del Mercado de Capitales y Financiero, Lima ,1998.

Este contrato admite diferentes modalidades: **por tasas de interés**, que es el contrato celebrado entre dos partes, en virtud de la cual una de ellas acuerda pagar a la otra, en determinadas fechas previamente acordadas, un monto calculado por referencia al interés devengado en cierto periodo sobre un monto principal imputado, cada una de ellas efectuando los pagos de interés sobre bases diferentes¹³⁶. Otra modalidad es **por moneda**, en cuyo caso el tomador del dinero capta el mismo a tasa variable a una determinada moneda y compra el flujo de fondos a tasa fija que luego coloca a tasa variable a una moneda distinta, en consecuencia si, por ejemplo, un empresario peruano ha tomado dinero en euros, pero que luego tiene que transformar en soles para ser aplicado al emprendimiento local, se ve con el riesgo de la fluctuación que pueda producir la cotización del sol en Perú. Para ello compra un flujo de fondos a tasa fija en soles, colocándolo a tasa variable para ser convertido en euros. De esta manera, la variación en el euro le permitiría amortiguar la obligación del préstamo inicial que también debe ser devuelto en esa moneda.

Otra modalidad es el swap **con títulos** que se realiza con títulos valores cotizables en bolsa, los que se ofrecen a una entidad financiera como garantía de un préstamo; al serle otorgado el préstamo, esos títulos son vendidos recuperándose el dinero. Al vencimiento de la operación y luego de que el empresario local haya pagado el capital más los intereses pactados, el otorgante del préstamo debe restituirle los títulos, para lo cual los recompra en el mercado.

¹³⁶ LORENZETTI, Op.cit. p.110

Para nosotros el Contrato de Swap es un contrato atípico, puesto que no tiene una regulación legislativa propia¹³⁷, es un contrato innominado, puesto que no tiene denominación uniforme, se utiliza cada día más en el ámbito bancario y permite la obtención de beneficios económicos. Se realiza mediante cláusulas estandarizadas en base a reglamentos o circulares emitidos por el órgano de supervisión del sistema financiero: SBS.

Sus principales beneficios pueden sintetizarse en:

- a. Cobertura de riesgos de Cambio.
- b. Cobertura de la volatilidad del tipo de interés
- c. Obtención de un mayor plazo de financiación.
- d. Diversificación de la cartera de endeudamiento.
- e. Obtención de oportunidades de mercado.
- f. Penetración en mercados inaccesibles.

Dentro de las principales características que enmarca el contrato de Swap tenemos las siguientes:

- a. Es un Contrato Principal.- Puesto que no depende de ningún contrato subyacente que puede crearse ad-hoc una vez que se haya celebrado éste, a modo simplemente de cobertura de riesgos. El contrato traído a colación tiene fines propios inherentes a su naturaleza.
- b. Genera reciprocidad de Derecho y Obligaciones.- En base a su independencia de los fondos vinculados por las partes contratantes.
- c. Es un Contrato eminentemente Comercial.- Propio del Derecho Económico Internacional, las empresas que celebran este tipo

¹³⁷ http://www.rodriquezvelarde.com.pe/articulos_46.htm

- de contratos y desde luego los bancos que en ellos intervienen, lo hacen dentro del giro de sus propios negocios.
- d. Es un Contrato Consensual.- Puesto que se perfecciona, desde el momento de que las partes se hacen mutuas concesiones, vale decir hacerse pagos recíprocos de acuerdo con los términos previstos en el contrato.
 - e. Es un Contrato Oneroso.- Ello en virtud que las prestaciones enabladadas por las partes es valuable monetariamente, aquí téngase en cuenta que existe equilibrio entre las contraprestaciones.
 - f. Es un Contrato Sinalagmático.- Genera derechos y obligaciones para ambas partes, la estructura y el funcionamiento de la relación obligatoria que crea el Swap tiene carácter sinalagmático, puesto que existe una interdependencia o nexo causal entre los deberes de prestación, de modo que cada uno de ellos actúa como contravalor del otro. El sinalagma es genérico por que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa de la que queda obligada a realizar su propia presentación y debe cumplirse simultáneamente.
 - g. Es de carácter conmutativo.- Las partes conocen sus obligaciones y deberes que son equivalentes desde el momento mismo de celebración del Contrato.

Los contratos de Swap se extinguen por el cumplimiento de los fines y objetivos, una vez llegado a su término. Es menester comentar que, en esta modalidad contractual, el supuesto incumplimiento es exiguo, merced a la relación de confianza, y a la solvencia de las partes, por ello ningún tribunal alguno nacional o extranjero se ha pronunciado al respecto. Sin embargo, es menester comentar, que en el contrato de Swap las partes se encargan de hacer constar en los documentos respectivos, el cumplimiento del contrato y la fecha precisa, en tal virtud en caso de incumplimiento por una de las partes, del pago

pertinente en la fecha fijada ocasionará que el contrato quede automáticamente resuelto, mas existe la posibilidad de que se faculte a la otra parte contratante para resolverlo; por ello deberá citarse las reglas precisas, ídem podrá fijarse fórmulas para señalar la indemnización que corresponda a las partes. El incumplimiento del pago pertinente en el contrato de Swap, genera obligaciones de la parte, y una serie de supuestos de disminución de solvencia que dará lugar, en caso de acontecer, la resolución del contrato.

Siendo el contrato de Swap un contrato atípico, queda sujeto a las normas estipuladas en nuestro ordenamiento jurídico Civil, artículo 1351 y ss. (Libro VII Fuente de las Obligaciones), ídem en lo concerniente a su extinción, resolución, rescisión, etc.

1.6 Commodities

Varios autores coinciden en que el Commodity es un acuerdo de un vendedor - exportador y un comprador importador y en el que hay una participación de una bolsa o establecimiento autorizado de intercambio de productos. Esta puede ser una **bolsa de productos** o bolsa de valores, como sucede en el Perú.

En esta modalidad contractual el vendedor se obliga a entregar durante un periodo estipulado determinada mercancía en la cual se precisan las condiciones de entrega establecidas por la casa de intercambio de productos, en la cual dichos bienes se negocian. La característica principal de este contrato es que no hay desplazamiento del bien ni antes ni después de la firma del contrato. El contrato se concluye con un pago en efectivo en el preciso momento de la entrega de la mercancía y en éste podría participar un tercer sujeto, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones entre las partes.

Los contratos con commodities permiten a los inversionistas estabilizar sus flujos de caja, proyectar sus ingresos en el futuro y hacer más flexibles sus decisiones de compra venta de mercaderías físicas.

En gran medida, el crecimiento económico de los últimos años en nuestro país, se ha basado en el comercio exterior, lo cual obviamente incluye el intercambio de productos o commodities. La prensa de Singapur ha calificado a la economía peruana como el milagro de Sudamérica y en gran medida esta expresión se debe entre otros, a las condiciones favorables del mercado internacional, lo cual se ha reflejado en precios muy atractivos para los commodities que el Perú exporta, entre los cuales se encuentran principalmente: minerales, harinas de pescado y otros productos de origen agrícola, además de textiles de alpaca. Hoy el 75% de nuestras exportaciones se concentran en commodities o productos tradicionales.¹³⁸

De hecho no podemos desconocer la participación de los commodities en el crecimiento económico del Perú, unido a las medidas y políticas adoptadas por el poder ejecutivo en esta materia, que tiene como objetivo la incorporación y sostenimiento de más pequeñas empresas en las cadenas de exportación, a través de la reducción y eliminación de barreras en la cadena exportadora, facilidades para el acceso a financiamiento, fomento de las sociedades y fortalecimiento de capacidades para encarar la creciente competencia en escala global. Este esfuerzo implica, por supuesto, un trabajo articulado con instituciones públicas como PROMPERÚ, MINCETUR, Ministerio de Trabajo, COFIDE, MEF, gremios empresariales como ADEX, Cámaras de Comercio, asociaciones de MYPE sectoriales o regionales, y otros organismos de cooperación internacional como el Banco Mundial, o el

¹³⁸ MATHEWS, Juan Carlos, en Negocios Internacionales, Comentario, www.comexperu.org.pe/archivos. Fuente: Promperú

BID. El momento es bueno para el país y la oportunidad también. La mayor participación de las MYPE en las cadenas de exportación conlleva la formalización de las mismas, el evidente efecto multiplicador en las actividades productivo-comerciales, la descentralización productiva y, lo más importante, la disminución de los niveles de desempleo.

Es así también, que esta investigación, pretende incidir en la adaptación del Derecho a las nuevas realidades sociales y económicas que el mundo actual nos presenta. Demostrando que las formas tradicionales de contratación resultan escasas para adecuarse a las necesidades contractuales actuales.

Entre otras acepciones, la palabra commodity define a aquellas materias primas y materiales que se transan internacionalmente en mercados organizados. Ejemplos son los minerales, petróleo, el algodón, el café y otros. Históricamente, la inversión directa en commodities ha tenido una participación minoritaria en las carteras de inversión en activos.

Una forma indirecta de invertir en commodities ha sido a través de la adquisición de acciones y bonos ligados a empresas abocadas a la producción de commodities.

Sin embargo, en los últimos años, la creación de índices de commodities, en los cuales es factible invertir, y la disponibilidad de activos ligados al desempeño de los commodities, ha ampliado bastante las posibilidades de inversión de cartera.

Ejemplos de tales índices son los creados por Goldman Sachs (GSCI), que cubren los sectores energéticos (como es el caso del petróleo, gas natural, entre otros), metales de uso industrial (entre los que se encuentran el aluminio, el cobre, el zinc, entre otros), metales preciosos (como el oro y la plata), del sector agrícola (el trigo, el maíz, la soya y el café, entre otros) y del sector ganadero (bovinos y porcinos, por ejemplo). Los índices GSCI siguen de cerca a los mercados spot y de futuros.

Otros ejemplos de tales índices son el Dow Jones AIG y el S&P Commodity Index. ¿Pero qué ventajas presentan los commodities para un inversionista? De acuerdo con estudios académicos, se ha concluido que su principal ventaja radica en su habilidad de proporcionar alternativas de riesgo/retorno que no son fácilmente replicables mediante otras alternativas de inversión.

Por ejemplo, un estudio de Kent Becker y Joseph Finnerty¹³⁹, para el período 1970-1990, muestra que la inclusión de posiciones largas (esto es, de compra) en futuros en commodities mejoró el desempeño de riesgo y retorno de bonos y acciones.

Dicha mejora fue más pronunciada para los años setenta que para los ochenta, debido a que los commodities actuaron como una protección contra las altas tasas de inflación observadas en los setenta.

Además, cabe destacar que en un estudio reciente, elaborado por el Centro de Activos Internacionales y Mercados de Derivados (Cisdm), de la Universidad de Massachusetts, para el período 2000-2004, se concluye que la adición de índices de commodities a un portafolio dado de bonos y acciones incrementa el retorno en más de tres puntos porcentuales, mientras que disminuye la desviación estándar del retorno (esto es, el riesgo) en 40 puntos base.

En resumen, podríamos decir que los commodities representan una alternativa de inversión que los administradores de cartera debieran tener en consideración al momento de tomar sus decisiones de inversión.

Su principal ventaja radica en su habilidad de proporcionar alternativas de riesgo/retorno que no son fácilmente replicables mediante otras alternativas de inversión.

¹³⁹ FERNANDEZ, Viviana, La importancia de los Commodities, Business Perú, <http://economyaynegocios.wordpress.com/2006/06/12/la-importancia-de-los-commodities/>

1.7 Outsourcing

Hoy es evidente que en cualquier empresa de operaciones comerciales el uso del outsourcing es bastante común, pero pocos conocen con certeza, en qué consiste este contrato, que no es otra cosa que la relación contractual entre un proveedor y un usuario, en la que el proveedor asume la responsabilidad de una o varias funciones relacionadas con las tecnologías de la información, que por lo general se trata de la transferencia de hardware, de asistencia técnica, de personal o similares que provee a la otra parte, desde el exterior.

Así, algunos consideran al outsourcing como la transferencia de todo o parte del trabajo de una empresa a otra externa mediante un contrato de servicios, la cual se incrementa diariamente con los requerimientos y necesidad de empresas de reducir costos, de limitarse al negocio principal sin tener que atender áreas secundarias de servicios como asistencia en fotocopias, en soporte y mantenimiento del software, transferencia del hardware, incluso servicios y asesoría de marketing o de relaciones comerciales, entre otros.

Obviamente el outsourcing implica la sub-contratación de estos servicios, permite la especificidad de empresas en un rubro determinado movilizandolo la actividad empresarial y reforzando las cadenas de calidad de servicio, alianzas entre organizaciones, innovación, despliegue de talentos.

La innovación es la dimensión final más importante, la convergencia entre la especialización y las alianzas como producto del outsourcing implica la creación de una ventaja competitiva.¹⁴⁰ Gracias a sus características, el outsourcing se ha convertido en una de las más

¹⁴⁰ BRAVO MELGAR, Sydney Alex, *Contratos Atípicos e Innominados*, Ediciones Legales Iberoamericana, Lima, 2003. p.767

valiosas herramientas gerenciales para transformar las organizaciones tradicionales, en organizaciones dinámicas e interconectadas.

El outsourcing se presenta en el Perú como una valiosa oportunidad de crecimiento y despliegue de las Mypes, pues éstas por su conformación y estructura pequeña pueden proveer todo tipo de servicios a las empresas. En ese sentido, se genera una cadena de valor, en las empresas desarrolladas que como parte de su **responsabilidad social corporativa**, generan la innovación y creatividad en las micro y pequeñas empresas.

Un caso tangible de éxito es el de la empresa peruana Topy Top S.A. en la que destaca cómo el uso del outsourcing genera cadenas de valores y por ende desarrollo para las microempresas. Como sabemos, se trata de una de las principales cadenas de retail en el Perú que ha expandido sus servicios a varios países latinoamericanos, con una gran proyección de crecimiento. Esta empresa, como parte de su programa de responsabilidad social ha generado una cadena productiva al encargar la producción de ropa y prendas de vestir en tejidos de punto a cinco fábricas propias y a más de un centenar de microempresas a través de outsourcing, con altos estándares de calidad y satisfacción de sus clientes, teniendo como objetivos principales: la innovación y el desarrollo del talento humano, mediante el programa Trading Fashion Line. El resultado: lidera la expansión regional con un formato que favorece la venta, consecuentemente la producción y la posibilidad de dar oportunidades de crecimiento colateral a los microempresarios.¹⁴¹

Desde el aspecto jurídico podría considerarse el outsourcing más con elementos operativos empresariales que como un contrato innominado o atípico que investigar. Sin embargo, y sin perder el

¹⁴¹ Información extraída de www.pactomundial.confiep.org.pe/facipub/upload

horizonte de la presente investigación, es una muestra de cómo las figuras jurídicas van evolucionando y adaptándose a una realidad económica y social, para la cual el Derecho a veces no tiene respuesta.

Es obvio, que la sub contratación que sería básicamente la de servicios prestados por terceros, puede traer una serie de consecuencias de orden jurídico, sin embargo, la mezcla de locación de servicios, de comisión o encargo, de compra venta, que si bien son contratos típicos, hacen que conformen una figura contractual especial como es el outsourcing en la que básicamente habría que analizar la responsabilidad que asume el proveedor de estos servicios, frente a los clientes de la contratante, en caso de incumplimiento. Se entiende, que los beneficios y posibles riesgos de este contrato, ya son conocidas por las partes al momento de celebración, por lo cual es un contrato conmutativo.

Se piensa que lo que motiva la aparición de este contrato es la situación de constante cambio y nosotros añadiríamos que además es la necesidad de estar a tono con esos cambios, poder adaptarse a ellos y enfrentar los retos que el desarrollo, innovación y crecimiento económico nos presenta.

1.8 Management

Denominado así el contrato de administración Empresarial, por no tener un *nomen juris* al interior de la legislación peruana, proviene de un vocablo inglés que tiene varios significados¹⁴² dentro de los cuales encontramos: administración, gerencia, gestión, asistencia, por lo cual básicamente es un contrato de **administración o de gestión gerencial**.

¹⁴² BRAVO MELGAR, Sydney Op. Cit. p.521

Modalidad contractual muy común en Estados Unidos, algunos países europeos como Alemania, Inglaterra y en general en el mundo de International Business¹⁴³, orientada a la administración empresarial o gestión empresarial o gerencial, en el cual existen básicamente dos partes, una encargada de prestar servicios administrativos o gerenciales, que por lo general es una sociedad especializada en la prestación de estos servicios, la cual recibe el encargo o facultades de otra empresa, por lo general, sociedad anónima¹⁴⁴; de administrar sus negocios, conforme a los términos en los que se acuerde con el órgano de administración de esta última.

En realidad, en la práctica societaria, este fenómeno se presenta en las empresas vinculadas por corresponder al mismo grupo económico o en los casos en que se plantean fusiones o concentraciones de grupos económicos, en las cuales se centraliza el *management* o administración, por una de las empresas que por lo general es la cabeza del grupo.

La sociedad encargada del Management desarrolla una actividad de **consultoría gerencial o de gestión** en sentido propio, en un régimen de exclusividad a favor de las sociedades del grupo¹⁴⁵ Señala el autor citado que el contrato de Management no tiene por qué darse únicamente en los supuestos de grupos societarios, sino que es posible que una sociedad especializada en este tipo de actividad preste sus servicios a otra u otras, en todas las áreas de la administración o en alguna de ellas.

El contrato de administración se diferencia de algunas otras figuras destinadas a la gestión de la empresa, como por ejemplo con

¹⁴³ Negocios internacionales, del idioma inglés.

¹⁴⁴ FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo I, en p.322. hace referencia a la sociedad anónima, sin embargo, no existe causa alguna de limitar a esta forma societaria la celebración de este contrato, con lo cual más bien se abrirían posibilidades a distintas formas empresariales de expandir sus operaciones y negocios.

¹⁴⁵ MONTALENTI, *Contratto e impresa*, p.437, citado por FARINA, Juan en Op.Cit. p.322

contratos en los cuales se conviene que ciertas atribuciones administrativas serán delegadas a favor de determinados subórganos, como los gerentes. La diferencia esencial con el contrato de Management- señala Farina- radica en que la contraparte no es una sociedad de administración.

En este caso podría confundirse con la delegación de facultades que natural y legalmente corresponde a los órganos de administración de una sociedad, la cual además otorga no sólo facultades de gestión y administración sino además de representación. En ese sentido no existe la manifestación voluntaria de aceptar o denegar todas o algún tipo de encargo de gestión o la posibilidad de una vez aceptada, revocar esta aceptación, ya que se estaría afectando la estructura orgánica de la sociedad, tal como lo señala Guillermo Cabanellas¹⁴⁶

Otra posibilidad de confusión con **otras formas contractuales similares**, sería con contratos en los cuales se otorgan mandatos u otras formas de representación en beneficio de terceros. Estos contratos pueden implicar, particularmente en la medida en que los mandatos sean irrevocables, cierta transferencia del poder efectivo de administración a favor del mandatario. Pero dicha transferencia se ve limitada, por cuanto el mandato puede ser irrevocable, siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero.

El fideicomiso de administración podría también, a juicio del investigador, ser una figura jurídica con la que puede confundirse el contrato de Management, en ambos casos se trata de la delegación temporal de facultades de gestión y administración de recursos, sin embargo en el Management, la sociedad que presta este servicio debe limitarse a suministrar conocimientos técnicos y formular un conjunto de apreciaciones y consejos que el órgano de administración

¹⁴⁶ CABANELLAS, G, citado por FARINA, J. en Op.cit. p.323

de la sociedad comitente utilizará como instrumento para un ejercicio más eficaz de la función administrativa, pero dado que el objetivo concreto perseguido mediante estos contratos es lograr la concentración y la profesionalidad de las funciones gerenciales, por lo general, la sociedad de asistencia administrativa termina sustituyendo a los órganos de la sociedad comitente en el día a día, antes que limitarse a una función de auxilio técnico. Tal como señala Montalenti, una actividad continuada de consejo sobre las decisiones gerenciales, integradora y altamente profesional, se traduce en una actividad de gestión de empresa.

Esto, a juicio de la investigación, constituiría invadir un espacio en la organización jurídica de la sociedad, en la cual cada uno de los órganos tiene una atribución específica y en la que el Directorio, es un órgano de administración, no ejecutivo, ni gerencial, más bien con capacidad de decisión, voto, asesoramiento en la toma de decisiones. Por lo tanto ahí tendríamos una gran diferencia con el Fideicomiso de Administración, en la que la Fiduciaria asume totalmente la gestión además de las facultades inherentes a los órganos de administración.

Como dijimos anteriormente, la forma societaria no es relevante, sin embargo sostiene Juan Farina indicado, que se refiere al Directorio de la Sociedad Anónima como la responsable de recibir el encargo y facultades de administración, por ser el caso más frecuente en que se advierte la presencia de ésta como comitente, pero – aclara- ello no impide que esta relación se dé en otros tipos societarios.¹⁴⁷

Las funciones de la sociedad de Management no deben invadir, las esferas reservadas al **Directorio**¹⁴⁸ señala el autor consultado, refiriéndose en todo caso a que el encargo de gestión es específico y el Directorio como órgano de la sociedad, no pierde el estatus de

¹⁴⁷ FARINA, Juan, Op. Cit. P.328

¹⁴⁸ FARINA, Juan. Op. Cit. P.328

órgano de administración, con facultades de voto, decisión y opinión como órgano colegiado. A lo que añade Montalenti, que si bien el contrato de *Management*, no debe invadir las esferas reservadas al Directorio, sino que han de cubrir, más bien, el área técnico-ejecutiva de la conducción de la empresa, podría incluirse un **mandato** que tiene por objeto el cumplimiento de actos jurídicos relativos a la conducción cotidiana de la empresa.

Tal como lo habíamos expresado líneas arriba, acota Farina, el problema más delicado y crítico en esta materia es el referido al poder de representación que se le confiere a la sociedad de Management. Desde el punto de vista práctico, de un lado se resalta la necesidad de dotar a la sociedad de gestión de un eficaz instrumento de actuación, que permita concretar frente a terceros las decisiones gerenciales; pero, desde el punto de vista jurídico, se señala que –aún cuando se le otorgue a la sociedad de gestión un poder general para este fin- esto no debe alterar la relación de subordinación sustancial de la sociedad de Management respecto del directorio, lo que debe tenerse muy en cuenta para evitar la identificación de la sociedad de Management con el Directorio.¹⁴⁹

1.9 Contratos Electrónicos

Hoy más que nunca la masificación de las relaciones comerciales y la posibilidad de transmitir a distancia una declaración de voluntad han facilitado el acercamiento entre el Derecho y las nuevas tecnologías. La celebración de negocios jurídicos mediante la colaboración de sistemas electrónicos y los modernos sistemas de archivo, han desplazado a la escritura tradicional y al soporte del papel como instrumentos del quehacer jurídico.

¹⁴⁹ MONTALENTI, *Contratto e impresa*, p.456, citado por FARINA, Juan en Op.Cit. p.328

Los contratos electrónicos llaman la atención porque están en el centro de las principales preocupaciones científicas del Derecho Privado de hoy en día¹⁵⁰, porque por un lado las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones plantean problemas jurídicos inéditos, pero también es cierto que la mayor parte de los problemas derivados de éstas, encuentran solución por vía analógica en el Código Civil y de Comercio.

El examen de los negocios jurídicos realizados por medios o sistemas informáticos plantea a los juristas o abogados problemas básicos que deben examinarse con carácter prioritario a la actual regulación en Códigos y leyes.

La idea de documento tradicionalmente unida a un soporte físico como el papel, encuentra dificultades para ser aplicada a los discos magnéticos y ópticos en los que, cada día con mayor intensidad, se almacenan los conocimientos humanos. Los medios informáticos y los sistemas electrónicos de almacenamiento y circulación de datos son, a la vez, instrumentos idóneos para la celebración de negocios jurídicos, y son también bienes jurídicos, en muchas ocasiones de gran valor económico, que demandan la protección del Derecho.

Ante el nacimiento de un mercado telemático europeo acorde con el mercado único, el Derecho está obligado a conciliar, en lo que a la circulación de datos se refiere¹⁵¹, aspectos como el respeto a la vida privada, el acceso a los sistemas de información, los derechos de autor y todo lo que podríamos denominar como un estatuto jurídico de los datos informatizados, su libre circulación y transmisión.

¹⁵⁰ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *En torno a los contratos electrónicos en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001. p. 15

¹⁵¹ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos" en: *Informática y Derecho*, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, No.4, p.1273-1298, 1994, Madrid.

Las operaciones electrónicas, en cuanto facilitan el pago o cumplimiento de las obligaciones y la obtención de crédito, se manifiestan como relevantes para el mundo del Derecho, se convierten en operaciones jurídicas insertadas en relaciones inter-subjetivas. Se entiende que el acto electrónico, como instrumento de pago o medio de cumplimiento de las obligaciones, ya no es solo una realidad sociológica, sino que puede merecer también la calificación de verdadero acto jurídico en el que subyace una voluntad.

El autor citado¹⁵² español de origen, nos recuerda, que la Unión Europea, en la Recomendación de 18 de diciembre de 1987, en la cual diseña un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, define a éste como cualquier operación de pago efectuada con una tarjeta de pista magnética o con un microprocesador incorporado, en un equipo terminal de pago electrónico o terminal de punto de venta. Al respecto, anota el autor, que el uso de medios electrónicos no se limita a la transmisión de una declaración que es fruto de un contrato previo celebrado por medios tradicionales. Los sistemas electrónicos ofrecen la posibilidad de memorizar un gran número de datos, de relacionarlos entre sí y de decidir, en base a los resultados obtenidos, si se transmite o no una voluntad personal previamente programada. Así, se cuestiona hasta qué punto la voluntad negocial del hombre puede venir preordenada por medio de un programa o software.

Es sabido, que en nuestro ordenamiento y lo mismo sucede en otros ordenamientos, los contratos electrónicos **carecen de un régimen propio**, lo que plantea el primer problema de su admisibilidad. Estas formas de contratación es utilizada en los más diversos campos de la actividad pública y privada, cuyas fuentes normativas constituyen el

¹⁵² ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, op. cit. p.1278

conglomerado de normas internas e internacionales que conforman el complejo régimen jurídico de los contratos electrónicos.¹⁵³

Al respecto, se presentan algunas cuestiones fundamentales, dentro de las cuales consideramos las siguientes: Cómo entender la autonomía de la voluntad? El concurso de la oferta y la demanda en la perfección de un contrato electrónico? Cómo se interpretarían los vicios o errores de la voluntad?¹⁵⁴ Una serie de cuestiones jurídicas que obviamente no podremos resolver en este trabajo por la amplitud que significaría y porque el sentido de la investigación va dirigida en otro sentido.

El autor Álvarez-Cienfuegos, citando a Francesco Parisi, señala que para éste, “la voluntad del negocio jurídico celebrado por un ordenador estaría formada por la voluntad personal del **dominus** del negocio y por el programa informático, condicionado a la verificación de las diversas variables previstas.” Por ejemplo, ordenadores programados para aceptar ofertas comerciales, en las que el tiempo, el precio, la calidad y la cantidad de los productos son determinantes para la aceptación.

Para Ginnantonio¹⁵⁵, los actos de tráfico jurídico ejecutados por un elaborador electrónico pueden ser: o actos neutros (actos de transferencia electrónica de fondos en sentido estricto) o regulaciones electrónicas de intereses, es decir que el ordenador, al crear, modificar o extinguir las relaciones de intereses, aunque no lleven aparejada una transferencia electrónica de fondos, hace que estas

¹⁵³ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *En torno a los contratos electrónicos en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001. p. 15

¹⁵⁴ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, op.cit.

¹⁵⁵ CASTILLO FREYRE, Mario, MARTIN HORNA, Pierre, *Tratado de la Teoría General de los Contratos*, Vol.XX, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP Fondo Editorial, 2006, Lima, p.22

operaciones constituyan verdaderos negocios jurídicos, si entendemos por autonomía privada la capacidad del individuo de autorregular sus propias relaciones jurídicas.

Dentro de los contratos con medio electrónicos, los más tratados han sido los celebrados por teléfono, por facsímil, por beeper o sistema busca-personas, los celebrados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente o máquinas de expendio automático, los celebrados con computadores con dos terminales conectados entre sí, los celebrados por correo electrónico.

En todos estos contratos en los que interviene un ordenador o computadora que es capaz de recibir dinero, entregar el producto, el cambio o vuelto de dinero contabilizando el costo del producto y el saldo, o en el caso de los teléfonos públicos que reciben dinero, realizan la llamada y controlan el costo de ésta devolviendo el dinero o monto no utilizado en la llamada, así como en las máquinas tragamonedas instaladas en los casinos o juegos en las que se celebran los contratos.

Dentro de estos contratos también consideramos a los **contratos celebrados por correo electrónico**, que como sabemos con el uso de Internet se logra que todos los computadores estén conectados alrededor del mundo. El Internet permite que todas las redes estén unidas en el mundo y para acceder a él no se necesita ser un experto en informática¹⁵⁶, sólo se requiere conectarse a un proveedor de Internet que actúa como puente entre los usuarios finales y la red Internet y con lo cual dependiendo de los proveedores, se tendrá acceso a uno o varios servicios de Internet, que tiene una gama extensa de posibilidades de servicios entre los que encontramos el correo electrónico o e-mail.

¹⁵⁶ Op. Cit. P.82

El **e-mail** permite que cada uno de los millones de usuarios de Internet estén identificados con una dirección de correo electrónico. La dirección se construye mediante el identificador del usuario en su computador, seguido del símbolo arroba @ y por el nombre de dominio, estos dominios en el Perú son: edu para organizaciones educativas, gob para organizaciones del gobierno, org para organismos no gubernamentales, com para compañías, inv para investigadores individuales.¹⁵⁷

La transferencia del correo se produce de nodo en nodo, buscando el camino óptimo hacia su destino. El nodo es un punto de empalme o de conexión en una red, un terminal o un computador, elemento de datos al que se puede tener acceso por dos o más rutas. El tiempo de demora en la transferencia es variable, depende de las condiciones de tráfico de la red en un momento determinado y de las características de la conexión de las computadoras que intervienen. En condiciones normales, en un periodo de tiempo muy corto, un mensaje puede haber llegado a cualquier parte de la red o del mundo.

La red científica peruana está compuesta por nodos, nombre dados a los computadores que se encuentran conectados a ella. En cada uno de estos nodos puede existir uno o más usuarios con los cuales comunicarse, y ellos son identificados por medio de su dirección electrónica. El nombre del nodo más el *username* permite a la Red identificar a un usuario en forma única.

Un dominio es una colección de nodos agrupados física o lógicamente y dentro de éstos pueden existir sub-dominios para llegar a los nodos y finalmente a los usuarios. Cada país posee un dominio propio que identifica todas las direcciones electrónicas provenientes de él, en el caso de Perú es pe.

¹⁵⁷ NUÑEZ PONCE, Julio, Derecho Informático, Lima, Editorial Marsol, 1996.

El correo electrónico tiene dos formas de funcionamiento: como redes públicas como Internet y a través de una compañía de tipo BBS, la cual brinda un número telefónico. Todo lo que sucede en la red se reduce a dos cosas básicas: comunicación e información.

Aparte del régimen jurídico común de estos contratos, que en caso de Perú es el considerado en el Código Civil y alguna que otra norma sobre regulación de telecomunicaciones, completan éste, las normas sobre incorporación de las condiciones generales a los contratos por adhesión, así como las normas internacionales como por ejemplo aquella sobre el perfeccionamiento los contratos previstas en la Convención de Viena, sobre la compraventa internacional de 1980, y otros textos uniformes similares, como los principios de UNIDROIT.¹⁵⁸

Se trata pues de contratos atípicos, o más exactamente mixtos¹⁵⁹, ya que además de no tener un régimen jurídico específico, combinan elementos propios de distintos contratos típicos, asimismo suelen ser celebrados por adhesión y por lo general con cláusulas generales de contratación. Por otro lado, es necesario distinguir los contratos electrónicos de los contratos informáticos, como veremos más adelante.

En suma, los contratos electrónicos, en sentido estricto, son solamente aquellos contratos que se celebran mediante la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador. Es irrelevante a estos efectos que la transmisión se produzca de forma automática conforme a las reglas o pautas previamente establecidas por los contratantes, como consecuencia de un mecanismo de

¹⁵⁸ International Institute for the unification of private law, Institución orientada a la uniformización del Derecho, con sede en Roma, fundada en 1995.

¹⁵⁹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *En torno a los contratos electrónicos en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001. p. 19

inteligencia artificial, o que resulte de una manifestación de voluntad expresa y singular de las partes para cada contrato.¹⁶⁰

Configurados los contratos electrónicos, es claro que se trata de contratos consensuales que no se celebran habitualmente entre personas presentes, tanto porque los contratantes suelen estar situados en lugares diferentes como porque el intercambio de oferta y aceptación no es simultáneo. Por lo tanto, el contrato se perfecciona de conformidad con el criterio de la recepción¹⁶¹, en el momento que la aceptación llega al domicilio o sede del oferente, pues a partir de este momento puede tener conocimiento de la misma, lo que debe presumirse desde la mencionada recepción.

La doctrina se muestra dividida sobre la perfección de los contratos electrónicos¹⁶². Hay quienes creen que el télex o el fax permiten celebrar contratos entre presentes, a los que Salvador Durany I Pich¹⁶³ añade el correo electrónico, dada la similitud de estos medios con el teléfono.

No obstante, es mayoritaria entre algunos la opinión según la cual estos contratos, aunque se celebren a distancia y los mensajes se asimilen a las cartas, son de formación instantánea. En ese sentido, como afirma José María Álvarez Cienfuegos Suárez, la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente se nos representan como actos simultáneos, asimismo la aceptación llegará a su destino en el mismo tiempo en que ha realizado, pues la velocidad de transmisión entre computadores u ordenadores hace que sea despreciable el tiempo en que tarde en llegar al oferente, con la particularidad de que el aceptante, podrá recibir, casi al instante, la conformidad de la aceptación, Madrid Parra especialista en el tema

¹⁶⁰ Op.cit. p.21

¹⁶¹ Op.cit.p.28

¹⁶² Op.Cit. p.29

¹⁶³ Citado por VATTIER FUENZALIDA, Carlos, en Op. Cit. P.30

señala “el diálogo entre ordenadores, en tiempo real, hace prácticamente inapreciable la diferencia de tiempo”, aunque admite que puede no ser así en los casos de aceptación por tandas o de falta de simultaneidad, respecto de los que parece ser partidario del criterio de la recepción.

Resulta interesante distinguir el **criterio de la recepción**, que a decir de J.M. Díaz Fraile, se refiere a la simultaneidad que es válida solamente para los momentos de oferta y de aceptación, pero no para el lapso que media entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente, a partir de que aquélla entre en su buzón electrónico, por eso, cree preferible el **criterio de la emisión**, previsto por el Código de Comercio español, por el cual resulta irrelevante a estos efectos la mayor o menor diligencia del oferente en la apertura del mismo, con lo que este autor parece hacer tránsito también hacia el criterio de la recepción, del cual es partidario Carlos Barriuso Ruiz¹⁶⁴, afirmando que el contrato se perfecciona “cuando el oferente reciba el correo electrónico en su buzón o dispositivo electrónico” y explicando que la teoría de la recepción en el buzón del oferente es más ventajosa, a su juicio, ya que **emisión y recepción** es instantánea en la contratación electrónica, por lo que no es seguro si se aparta o no de la posición anterior.

Interesante resulta la opinión del italiano Alberto María Gambino¹⁶⁵ que entiende que el contrato estipulado por medio del envío recíproco de mensajes por correo electrónico se perfecciona cuando la aceptación llega al receptor del oferente, salvo que éste demuestre la imposibilidad inimputable de haber tenido noticia de la misma.

¹⁶⁴ BARRIUZO RUIZ, Carlos, *Informática y Derecho*, Madrid, 1998, p.124

¹⁶⁵ GAMBINO, Alberto María, *L'accordo telematico*, Milán, 1997, p.159

1.10 Contratos Informáticos

Como bien dice Mario Castillo Freyre y Pierre Martín Horna en su Tratado de la Teoría General de los Contratos¹⁶⁶, hay que establecer la diferencia entre los contratos celebrados utilizando *medios informáticos* y los denominados *contratos informáticos*, los cuales, según la doctrina, son contratos que tienen por objeto bienes y/o servicios derivados de la tecnología informática.

El contrato informático sería un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir el dominio o a procurar el uso o goce de un bien informático, o a prestar un servicio técnico, y la otra a pagar el precio como contraprestación.¹⁶⁷

Podríamos señalar entonces, que los contratos celebrados utilizando medios informáticos son todos aquellos para cuya celebración el hombre se vale de la **tecnología informática**, pero su objeto puede consistir en obligaciones de cualquier naturaleza. Esta contratación es de uso reciente y constituye un tema de permanente actualidad y renovación, ya que los medios y recursos informáticos con los que hoy contamos no sólo para comunicarnos, han evolucionado muchísimo.

Se requiere clarificar cuál es el contenido de los contratos informáticos y cuál es el contenido del consentimiento de las partes que intervienen en ellos. En realidad, el autor consultado¹⁶⁸ hace una relación de los diferentes tipos de contrato a los que puede dar origen la informática: venta o arriendo de equipos; realización, adaptación o licencia de programas; venta o suministro de productos informáticos; mantenimiento de equipos físicos y lógicos; asistencia técnica;

¹⁶⁶ Op.Cit. p.15

¹⁶⁷ OCAMPO DUQUE, Marcela, Derecho e Informática, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Bogotá, 1987, p.18

¹⁶⁸ MAYO DE GOYENECHE, Marie Claude, *Aspectos de Relevancia Jurídica en torno a la sociedad informatizada*, *Informática Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, p.93

capacitación; colaboración a la puesta en marcha; auditoría computacional.

Se entiende pues, que el contrato informático tiene por objeto bienes o servicios informáticos y se considera a éstos a los elementos materiales que componen el *hardware*,¹⁶⁹ es decir su unidad de procesamiento, los periféricos y todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales, que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático. A su vez, se entiende por servicios informáticos a los que sirven de apoyo a la informática: el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema.

La contratación electrónica o por medios informáticos ha puesto en jaque al sistema jurídico tradicional, ya que introdujo en la realidad técnica otro soporte distinto del papel, formando un eslabón más en la trayectoria e historia del soporte de la manuscipción.¹⁷⁰

El art.913 del Código Civil argentino, señala "ningún hecho tendrá el carácter voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste" y nos lleva a la reflexión, así como el 917 del mismo Código que señala que la voluntad puede ser expresada "por escrito", pues a lo largo de la historia, el hecho exterior, fehaciente o por escrito, que plasma la manifestación de voluntad ha evolucionado y como dijimos anteriormente, la informática introdujo un soporte distinto al papel. A lo que se suma además, el cambio en considerar a la firma como modo idóneo para individualizar a quien admite como suyo el texto del instrumento.

¹⁶⁹ BRIZZIO, Claudia R., *Contratos Informáticos y contratos por medios informáticos*, en *Contratación Contemporánea*, Temis, Bogotá, 2001, p.80.

¹⁷⁰ Op.Cit. p.86

Los contratos informáticos, como afirma Gete-Alonso Calera: "son aquellos cuyo objeto viene constituido por un bien (cosa) y/o por un servicio informático"¹⁷¹, se trata de bienes como el ordenador o computador, el sistema de telecomunicación o la creación, confección y desarrollo de programas, y de servicios como el uso de equipos, las consultas a bases de datos o archivos, el mantenimiento, la auditoría y la financiación. Estos contratos¹⁷² dan lugar a una **"rica tipología comercial"** en la que pueden distinguirse contratos de compra-venta alquiler, leasing, mantenimiento y otros servicios. Por el contrario los contratos electrónicos, en sentido amplio son aquellos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos o telemáticos. La contratación electrónica es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.¹⁷³

Esta forma de contratación se caracteriza por superar la tradicional celebración verbal o escrita de los contratos y por la utilización de las nuevas tecnologías de la información o la telemática y de las que resulten en el futuro por el desarrollo de las telecomunicaciones. En este sentido, la Ley Modelo de UNCITRAL¹⁷⁴ define el data message, o simplemente el mensaje, como cualquier información que es generada, enviada, recibida o almacenada por medios electrónicos, ópticos o similares, tales como la transmisión electrónica de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex y la telecopia o fax.

Concluimos entonces en que los contratos informáticos son acuerdos por los que se rigen las obligaciones de las partes contratantes, que tengan por objeto el tratamiento de todo tipo de información

¹⁷¹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *En torno a los contratos electrónicos en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001. p. 19

¹⁷² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, 1996 p.113

¹⁷³ DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Angel, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997, p.165

¹⁷⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

automatizada con el uso de computadoras u ordenadores¹⁷⁵. Es así que el avance y desarrollo de la informática, así como su uso generalizado en todas las actividades de las personas, sean educativas, comerciales, redes sociales, empresariales, y otras, nos permite afirmar que nos encontramos frente a una de las variantes contractuales más importantes y que propone al ámbito jurídico una serie de cuestiones y desafíos, pues ya encontramos en la actualidad una serie de dificultades derivadas de su uso y en las que el Derecho aún permanece aislado, como por ejemplo en lo que a protección de programas o software informáticos se refiere, en parte regulados por la legislación contractual en general, en parte por los derechos de autor y aún con algunos vacíos legales por la naturaleza de la contraprestación.¹⁷⁶

Es interesante el deslinde temático que hace Caludia Brizzio¹⁷⁷ entre lo que significa precisar como contratación electrónica y contratación informática. Algo de esto hemos dicho en el acápite anterior referidos a los contratos electrónicos, pues se denomina **contratación electrónica o por medios informáticos**, a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia real y determinante en la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo. Desde una perspectiva amplia, son todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos y desde el punto de vista más restringido, se consideran contratos electrónicos solamente a aquellos que se celebran mediante EDI¹⁷⁸ es decir, la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador, de computador a computador.

¹⁷⁵ PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006, p.192

¹⁷⁶ PISANI, Osvaldo E. Op. cit. p. 192

¹⁷⁷ BRIZZIO, Claudia R., *Contratos Informáticos y Contratos por medios Informáticos*, en ALTERINI, ATILIO Aníbal y otros, *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 79

¹⁷⁸ Op.Cit. p.81

Se entiende por contrato informático al que tiene por objeto bienes o servicios informáticos¹⁷⁹. Se consideran bienes informáticos a los elementos materiales que componen el **hardware**¹⁸⁰, su unidad de procesamiento y todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales, que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático (software). A su vez, se entienden por servicios informáticos a los que sirven de apoyo a la informática: el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema.

Algunos especialistas señalan que hubo una irrupción de la informática, pues todo el sistema jurídico fue desestabilizado por ésta al introducir en la realidad técnica otro soporte distinto del papel -que continuando la evolución impulsada en 1868 por el invento de la máquina de escribir-¹⁸¹ también dejó de lado la manuscrición, y cambió los criterios correspondientes a la firma como medio idóneo para individualizar a quien admite como suyo el texto del instrumento.

En la legislación argentina, analizada por la autora en mención¹⁸² la firma no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos, salvo en casos muy especiales en que la parte firme habitualmente de esa manera, tal como lo señala el artículo 1014 adicionando que ninguna persona está precisada a reconocer un instrumento sólo firmado por iniciales o signos, aunque puede hacerlo voluntariamente.

¹⁷⁹ Op. Cit. p.82

¹⁸⁰ Todas las partes físicas y tangibles de una computadora: sus componentes eléctricos, electrónicos y electromecánicos, sus cables, gabinetes o cajas, periféricos de todo tipo y cualquier otro elemento físico involucrado, contrariamente al soporte lógico e intangible que es llamado software. El término proviene de una raíz inglesa. <http://es.wikipedia.org/wiki/Hardware>.

¹⁸¹ BRIZZIO, Claudia R., Op. Cit. p.86

¹⁸² BRIZZIO, Claudia R., Op. Cit. p.86

La red Internet es un medio de transmisión de mensajes electrónicos y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos la ha señalado como “una red internacional de computadores interconectadas, que permite comunicarse entre sí a millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información de todo el mundo y la considera como un único y totalmente nuevo medio de comunicación humana mundial”. El e-mail le permite a un individuo enviar un mensaje electrónico a otro individuo o a un grupo de destinatarios y el mensaje generalmente es almacenado electrónicamente.

La red mundial World Wide Web (www o red mundial web) es una inmensa colección de paginas de hipertexto en internet. No sólo constituye una herramienta para científicos como en su origen, ya que hoy se trata de un medio para revisar y navegar en internet. Esta expansión de internet ha planteado asimismo un fenómeno inédito.

Algunos mensajes enviados por internet se pierden, otros pueden ser desviados por hackers ya veces el mal funcionamiento del sistema se debe a defectos técnicos, o a virus que envían mensajes independientemente de la voluntad del operador.

Todas estas cuestiones plantean el problema de la referencia de un mensaje y las circunstancias en que debe considerársele útilmente recibido, todas éstas con implicancias de carácter jurídico.

En opinión de Claudia Brizzio, quien ha tratado tan seriamente el tema de los contratos informáticos, hay cuatro aspectos importantes que analizar en torno a los contratos informáticos: **la atipicidad, el deber contractual de información, el de los contratos predispuestos o sujetos a condiciones generales y el de los contratos conexos.** Y en el caso específico de contratos informáticos

de consumo que además tiene toda una problemática que tratan de resolver las normas específicas de protección al consumidor.

Al celebrar contratos informáticos se les suele rotular como de compraventa, de locación de obra, de servicios, de leasing, de licencia. La tipicidad de esas categorías contractuales depende de cada sistema legal, pero muchas veces se encasilla indebidamente un contrato en una categoría típica, como por ejemplo, cuando se habla de compra venta de software, siendo que falta uno de los elementos esenciales de la compraventa, que es la cosa, en el sentido de objeto material.¹⁸³

Como hemos visto en la primera parte de este trabajo de investigación, es un problema importante de la teoría de los contratos atípicos, el régimen al que son sometidos, ya que conforme a un criterio se da prevalencia a las normas de los contratos típicos afines y conforme a otro, a las reglas generales de las obligaciones y de los contratos.

Al respecto de la tipicidad, los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos atípicos están regidos en el siguiente orden: a) por la voluntad de las partes, b) por las normas generales sobre contratos y obligaciones, c) por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecúen a su finalidad. Para resolver el tema, podríamos aplicar la tipicidad social que se asigna a los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración. En subsidio de la voluntad de las partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración.

¹⁸³ BRIZZIO, Claudia, Op. Cit. p. 105

En cuanto a la obligación de información, se considera propio de la regla de buena fe, que en la etapa de formación del contrato haya una obligación tácita de información, la cual concierne a un deber de veracidad y consiste en hacer saber a la otra parte ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión. En los usos y costumbres relativos a la contratación informática se considera comprendido el deber de consejo e información y quien contrata con un proveedor de bienes o de servicios informáticos enlaza una relación jurídica en la cual el proveedor tiene indudablemente el deber de proveerle la información necesaria.

Por otro lado, los contratos informáticos son por lo general contratos predispuestos por una de las partes ya que en estos contratos la autonomía privada está sometida además de las reglas generales, o cláusulas generales de contratación, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. Este elemento incide enormemente en este tipo de contratos.

Por último, la contratación informática suele derivar de contratos conexos. La conexidad es un fenómeno diverso que comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica. Habrá contratos conexos cuando, para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente¹⁸⁴ en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio, siendo importante distinguir entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla a cabo.

¹⁸⁴ BRIZZIO, Claudia, Op.cit. p.111

1.11 Contrato de Esponsorización

La doctrina nacional nada ha dicho, hasta hoy, sobre esta figura, que parece desconocida para los privatistas.

Es más, en los hechos las partes hacen uso del término sponsor sin darse cuenta que se trata de un negocio de esponsorización, y califican al contrato ya sea como un común contrato de publicidad o como un contrato de prestación de servicios. En otros casos, diría límites pero no infrecuentes, se ignora la naturaleza contractual del acuerdo y se estima que una empresa dada ha colaborado con un evento, sin advertir que el propio sujeto auspiciado ha realizado, como contraprestación, un retorno publicitario en favor del auspiciador¹⁸⁵.

Evidentemente, a pesar de la ausencia de un tratamiento legislativo ad hoc para este contrato, el intérprete se podría sentir tentado a encuadrar esta figura dentro de la categoría de los contratos de prestación de servicios, en consideración de la amplia redacción del art. 1757 del Código civil: "Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo.

De otro lado, la obligación del sponsee también podría ser una prestación de no hacer, como por ejemplo tolerar que el auspiciador haga uso de la imagen o del nombre del auspiciado, o permitir que, sin exigir alguna otra contraprestación adicional, aquél promocióne su empresa o sus productos con la calidad de auspiciador oficial de un determinado evento.

Es poco coherente sostener que, si la obligación que asume el auspiciado es la de realizar una clara alusión al sponsor (preparando

¹⁸⁵ ALBALADEJO, Manuel, *"Derecho Civil"*, T. II, Vol. II, Edit. Bosch, Barcelona, 1980

los sets televisivos o colocando carteles con el nombre del sponsor), - lo que trasunta una indiscutible prestación de hacer a su cargo- en esta caso sí será aplicable el art. 1757 del Cód. civ., ya que entonces se calificaría al contrato de sponsorización como una modalidad de la prestación de servicios, mientras que en otras hipótesis -como la descrita en el párrafo anterior, en la que la prestación es un no hacer- el contrato de auspicio carecería de un debido encuadramiento dentro de las categorías de prestación de servicios previstas en el Código.

Y es que, más allá de esta imposibilidad de encontrar una clasificación en la que se enmarque el contrato de auspicio, estamos frente a un contrato atípico puro, por la novedad de prestaciones que involucra.

La doctrina, que tanto ha dedicado esfuerzos a la ideación de un método de aplicación de las normas de los contratos típicos a los contratos atípicos, ha propuesto diversas opciones, según se trate de un contrato típico puro, es decir, con elementos del todo nuevos, ya sea que se trate de un contrato atípico mixto, o sea, de un acuerdo que involucre elementos similares a los de algunos contratos típicos, que concurren con elementos ajenos a cualquier figura regulada dentro del respectivo ordenamiento.

Para los contratos atípicos mixtos se han formulado los métodos de la absorción y de la combinación. De acuerdo al primero, es menester determinar cuál es la prestación principal que contiene el contrato atípico mixto para aplicar el régimen del contrato típico que contempla dicha prestación como la que lo caracteriza y distingue de los demás. Según el método de la combinación, dado que no es siempre posible establecer cuál es la prestación principal en un contrato atípico mixto, con el riesgo de subordinar deberes que son igualmente importantes, es más adecuado aplicar individualmente, a

cada prestación, el tratamiento del contrato típico que da lugar a un débito igual. No obstante, sería extremadamente dificultoso, por no decir improbable, que dicha aplicación sea pacífica y libre de serios obstáculos, hasta llegar al punto de invocar normas incompatibles o contradictorias.

Por ello, en la doctrina alemana -que ha estado a la vanguardia en este tópico- se ha sugerido el uso prudente de la analogía, a fin de evitar que se obtengan conclusiones reñidas con la naturaleza del contrato atípico mixto.

Para el caso de los contratos atípicos puros, en cambio, se ha deslizado la opción de recurrir a la analogía, para lo cual es indispensable identificar el régimen del contrato típico que más se les aproxima.

Sin embargo, la atipicidad de este contrato no deja de presentar serios tropiezos, fundamentalmente porque no existe, dentro del Código civil, una figura contractual que se avecine lo suficiente para deducir de ella la disciplina que le sea más cercana.

Lo fundamental es que, dado el vínculo de colaboración de las partes, del cual pueden surgir las más variadas prestaciones a cargo del auspiciado, y teniendo en cuenta que todas ellas apuntan hacia un único objetivo, esto es, el retorno publicitario a favor del sponsor, es de advertirse que existe una única causa y no una pluralidad de causas como sucede en los llamados contratos coligados.

La función de sponsorización o auspicio, por ende, se ve asistida por una serie de comportamientos de los más disímiles que hace difícil todo intento de uniformación para aplicar analógicamente las normas de algún o algunos contratos típicos.

Según algunos tratadistas¹⁸⁶ el contrato de esponsorización es el heredero directo del tradicional mecenazgo que responde a una evolución y a un cambio de intención de la persona que entrega la ayuda. Dicha evolución se manifiesta en que la causa de la atribución patrimonial no es la mera liberalidad, sino la entrega a cambio de retorno de la publicidad. Algún otro sector opina que nos encontramos frente a un fenómeno totalmente nuevo cuyo origen se encuentra en la industrialización y en el afán de las empresas de encontrar formas distintas de publicidad. No olvidemos que el mecenazgo tiene su origen antes del año 70 antes de Cristo, debiéndose el nombre a Cayo Clinio Mecenas (69 a.C) ciudadano romano de fortuna, quien se distinguió por la ayuda y protección que brindó a escritores, como Horacio, Virgilio, entre otros. De allí que se denomine *mecenas* a las personas que protegen financieramente a personas o actividades del mundo de la cultura.

Si bien se identifica al contrato de esponsorización con un **mecenazgo**, por otro lado también podría confundirse con el **patrocinio**, que van por dos vertientes distintas, uno con objetivo publicitario y el otro sin él. En el mecenazgo se provee de medios económicos a un artista y/o organización cultural sin buscar ventajas personales, en cambio el patrocinador o esponsor viene a ser la persona que promociona o fomenta una determinada actividad cultural y obtiene una ventaja acordada casi siempre en forma de publicidad y adaptada a las estructuras económicas de hoy.¹⁸⁷

El contrato de esponsorización reúne dos notas distintivas: la ayuda y la publicidad de retorno y el objeto de la contraprestación dependerá de la actividad que se financie, así podrá ser cultural, deportiva, social, televisiva, en medios electrónicos o spam.

¹⁸⁶ En este caso citados por MONTOYA ALBERTI, HERNANDO, en op.cit.p.221

¹⁸⁷ Informe Tummers del Consejo de Europa sobre la economía de la cultura de fecha 10.06.1987 citado por MONTOYA ALBERTI, Hernando, en Op.Cit. p.223

Es un contrato consensual y oneroso, y teniendo en cuenta que la esponsorización se vincula al campo publicitario, el objeto tendrá relación con la publicidad. Entre los sujetos que intervienen en el contrato, se encuentran el patrocinador que es la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad y el patrocinado que es quien recibe la ayuda económica para la realización de una determinada actividad. El **patrocinador** puede compartir con otra empresa o persona, la esponsorización, lo que da lugar al copatrocinio, se trata de concurrencia de varios patrocinadores, que apoyen económicamente al patrocinado utilizando el mismo soporte publicitario, tal como ocurre con la camiseta de los futbolistas, o con los autos que participan de un torneo o carrera, donde diversas firmas comparten un mismo espacio publicitario.

Se suele confundir también al contrato de esponsorización con el de **merchandising** deportivo, este último consiste en la concesión de una licencia para la fabricación, comercialización y distribución de productos de un determinado tipo, con el emblema, el logo, la imagen o cualquier otro signo del esponsorizado. Se trata en este caso de la explotación publicitaria de diferentes derechos como los símbolos y emblemas.

En el campo del deporte comprendería la venta de una serie de derechos van desde la explotación de las instalaciones deportivas del club, de sus derechos televisivos, de los símbolos y emblemas, hasta la explotación publicitaria de diversos derechos del club. A diferencia del contrato de esponsorización, el contenido no es fundamentalmente publicitario, por otra parte la contraprestación del club no es la de colaborar, a cambio de la financiación económica en la publicidad de la entidad que le proporciona dicha información.

Las cláusulas básicas en este tipo de contratos es el de exclusividad; de no concurrencia que puede ser total o parcial, dependiendo del

acuerdo, de prioridad o preferencia para la renovación, de participación en ventas o beneficios colaterales, de distribución contractual de los riesgos, resolutoria y de administración de controversias, de reparación de daños, cláusulas penales, entre otras.

La esponsorización deportiva, la más común, tiene relación con el apoyo a un deporte, acontecimiento deportivo, organización deportiva o deportista, por parte de un organismo o persona externa al deporte para beneficio mutuo. Debido a que la actividad deportiva actualmente cuenta con patrocinios empresariales, entre ellos el patrocinio por transmisión de espectáculos por televisión, la imagen de los deportistas destacados da lugar a que pueda utilizarse como explotación comercial. El deporte alcanza gran aceptación y se constituye en un espectáculo de masas por lo cual la esponsorización alcanza mayor resonancia en esta actividad. La naturaleza de la esponsorización deportiva da lugar a aspectos particulares entre los que se encuentran: la capacidad para contratar en relación con la edad, los riesgos del contrato, la utilización de la imagen, el seguro, teniendo en cuenta que el contrato se centra en la figura del deportista, requiriendo por parte del esponsor un aporte importante de dinero, pudiendo presentarse circunstancias que no dependen de la partes, como puede ser la lesión del deportista, la anulación de la competencia, entre otros, lo que da lugar a que se frustre el cumplimiento del contrato, especialmente en lo que se refiere al objetivo publicitario.

Aspecto medular en el contrato, es la protección de ciertos derechos como el de la imagen del deportista, que debe ser pactado dentro de términos de respeto, de diferenciación entre la imagen deportiva y la personal, entre otros. Hay abundante legislación, partiendo de la Constitución que protege el derecho al honor, a la intimidad personal, a la imagen. Todo estos aspectos requieren de consentimiento expreso del deportista y luego deberá tenerse en cuenta los

beneficios económicos que le reportará al deportista la explotación de su imagen. Asimismo, se deberá regular la participación de terceros que podrían lucrar sin el consentimiento del deportista.

Señala Landaberea Unzueta, José Antonio, citado por el autor¹⁸⁸ que en la medida en que los contratos de esponsorización requieren la utilización de la imagen de los deportistas, se requiere de su consentimiento. Precisamente, el derecho a la imagen se contempla como aquél que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción, distribución o apropiación comercial de la imagen de la persona. En este sentido es conveniente considerar las implicancias que puede tener para un club celebrar un contrato de esponsorización con publicidad en la camiseta del club sin consentimiento y autorización del deportista.



¹⁸⁸¹⁸⁸ MONTOYA ALBERTI, Hernando, Op.Cit. p.242

CAPITULO III

Contrato de Factoring en Arequipa

1.- El Contrato de Factoring

Las empresas de Factoring, tal como estaban consideradas en la Ley 26702 tenían por finalidad adquirir facturas conformadas, títulos valores y en general cualquier instrumento representativo de deuda¹⁸⁹. Hoy, como sabemos son varias las empresas financieras que podrían efectuar operaciones o contratos de Factoring cuya finalidad sea la del financiamiento y no únicamente la de brindar un servicio o producto en la gestión o cobranza de facturas, además del factoring electrónico. Esa medida que fue dada a través del D. Leg. 1027 de 21 de junio del 2008, posibilita expandir los beneficios del contrato que nos ocupa este capítulo, para que sean realizados por Edpymes, Cajas Municipales, Cajas Rurales, Financieras, y por supuesto Bancos, que originalmente eran los únicos que podían tener este tipo de operaciones.

El Factoring permite al empresario concentrarse en la organización de la producción y de la comercialización aumentando la capacidad de expansión de la empresa.

La factura conformada es emitida como consecuencia de una compra de mercadería conviniendo un plazo determinado para el pago total del precio. El vendedor está obligado a entregar al comprador una factura acompañada de un duplicado resumen o copia adicional del mencionado comprobante de pago, que debe llevar la leyenda "copia no válida para efectos tributarios". Se origina en la compra venta u otras modalidades contractuales de transferencia de

¹⁸⁹ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán, *La Ley General del Sistema Financiero y de Seguros*, Taller de Derecho de la Empresa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999, p.87

propiedad de mercaderías, o en la prestación de servicios, en las que se acuerde el pago diferido del precio o de la contraprestación del servicio.¹⁹⁰

Lo cierto es que originalmente en el Perú se concibió la figura del Factoring como la operación mediante la cual el Factor adquiere, a título oneroso, de una persona natural o jurídica, denominada Cliente, instrumentos de contenido crediticio, prestando en algunos casos servicios adicionales a cambio de una retribución. El Factor debía asumir el riesgo crediticio de los deudores de los instrumentos adquiridos.¹⁹¹

Los instrumentos con contenido crediticio, objeto de Factoring podían ser según dispuso esta primera norma: facturas, facturas conformadas y títulos valores representativos de deuda. Dichos instrumentos se indicaba, en el mencionado reglamento, podían transferirse mediante endoso o por cualquier otra forma que permita la transferencia en propiedad al Factor, según las leyes de la materia.

El Reglamento de Factoring aclaraba lo señalado en la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros No.26702¹⁹² y precisaba no sólo como fue concebido el contrato en nuestro país originalmente; qué documentos podían participar de este contrato, sino además, señalaba la diferencia con el Descuento indicando que se trata de una operación mediante la cual el Descontante entrega una suma de dinero a una persona natural o jurídica denominada Cliente, por la transferencia de determinados instrumentos de contenido crediticio. El Descontante asume el riesgo crediticio del Cliente, y éste a su vez, asume el riesgo crediticio del deudor de los instrumentos transferidos.

De esta manera la norma dejaba clara la diferencia entre un contrato de Factoring y una operación de Descuento, lo cual es importante para nuestra

¹⁹⁰ Inc.a) art.163 Ley de Títulos Valores No.26287, inc. e) La Factura conformada es un título valor a la orden, transmisible por endoso. inc. f) Desde su conformidad, representa el crédito consistente en el saldo del precio o contraprestación señalado en el mismo título.

¹⁹¹ Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring, Res. SBS.1021-98 (03.10.98)

¹⁹² Ley General del Sistema Financiero, de Seguros y Orgánica de la SBS No.26702 (09.12.96)

investigación y confirma el espacio que hay entre una y otra figura que no muchos tratadistas han podido establecer en la Doctrina.

Posteriormente, la Ley de Títulos Valores¹⁹³ en sus artículos 163 a 171, derogando lo establecido en la Ley 26702, se limita a establecer las características de la Factura Conformada, sin indicar que se trata de la figura principal del contrato de Factoring.

Señala la norma en mención que la Factura Conformada se origina en la compraventa u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de mercaderías, o en la prestación de servicios, en las que se acuerde el pago diferido del precio o de la contraprestación del servicio.

Posteriormente la ley 28203 denominada "Ley que promueve el financiamiento a través de la factura conformada"¹⁹⁴ de fecha 13.04.2004, introduce una serie de modificaciones especialmente en lo que se refiere al contenido de este título valor -que en opinión de algunos especialistas- se trata de la desnaturalización de la factura conformada que la equipara a una letra de cambio.

Al respecto, es interesante el comentario que hace el Director de la Cámara de Comercio de Lima: "El proyecto de Ley No.4451/2002-CR llamado proyecto Rodrich, propiciaba no sólo eliminar la garantía prendaria al documento, sino que bajo el pretexto de promocionar la venta de bienes y servicios por las pequeñas y microempresas, se buscaba extender su esfera de acción a la venta de servicios al crédito". Considerado un error, pues no sólo se desnaturalizaba el documento como un clon de la letra de cambio o el pagaré, sino porque era un imposible jurídico, pensar aplicarlo a la venta de servicios con garantía prendaria, porque los servicios son personales

¹⁹³ Ley 27287 Ley de Títulos Valores (19.06.2000)

¹⁹⁴ Ley que promueve el financiamiento a través de la Factura Conformada No. 28203 (13.04.2004)

y no es posible la prenda de personas. Así se pronunció la Cámara de Comercio de Lima a fines de noviembre de 2002.

Con la Ley 28203 se estima que se reguló inadecuadamente la factura conformada, pues la ampliación de su nuevo esquema a la venta al crédito de servicios, no le agrega nada novedoso, porque para eso se puede utilizar la letra de cambio y el pagaré. Una alternativa hubiera sido dejarla como fue concebida en la Ley 27287 de Títulos Valores y crear otras modalidades, sin garantía prendaria, dejándole al usuario la potestad de decidir cuál modalidad usar.

Asimismo, la mencionada norma dispone que para la emisión de la factura conformada podrá utilizarse una copia adicional de la factura o boleta de venta que debe llevar la denominación del título y la leyenda "Copia no válida para efecto tributario". No es necesario tampoco para su emisión que los bienes transferidos estén libres de gravámenes, pues la ley elimina tal exigencia.

Recapitulando y tomando en cuenta los aspectos contemplados en las distintas normas que la originan, puede definirse al contrato de Factoring como "aquél en virtud del cual una empresa bancaria, financiera o constituida para este fin y debidamente autorizada (**factor**) se obliga frente a una empresa (**cliente**) para adquirir los créditos que ésta tiene, asumiendo el riesgo y obligándose a prestarle servicios relacionados con la emisión misma de las facturas, los títulos valores a que haya lugar, el manejo de los registros contables, la investigación comercial de la clientela e incluso la cobranza judicial o extrajudicial de créditos aún no cedidos."¹⁹⁵ Esto obviamente permite mejorar las relaciones crediticias en el mundo globalizado¹⁹⁶

¹⁹⁵ GIUDICE, Adriana, El Contrato de Factoring,

¹⁹⁶ www.e-camara.net/revista/2313/legal.htm

Así también Max Arias Schreiber Pezet se refiere al contrato de Factoring como "...aquél por el cual un comerciante o empresa encarga a otra entidad (llamada factor) el manejo de su facturación, mediante la transmisión de sus créditos frente a terceros..."¹⁹⁷

Otra definición interesante del contrato de Factoring la da Guillermo Cabanellas¹⁹⁸ quien señala "...una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye pues, una comisión de cobranza garantizada...."

En efecto, el contrato de Factoring supone un contrato permanente entre una sociedad y los clientes, por el cual la primera se encarga de comprar las deudas comerciales de estos últimos con sus compradores y el cobro de las mismas¹⁹⁹ y la finalidad económica del contrato, radica en que el proveedor, necesitado de recursos, ofrece su cartera de créditos actuales o futuros a cambio de dinero, lo que implica que en el factoreo²⁰⁰ es el cliente del deudor el que paga el préstamo otorgado.

Para la transferencia de la cartera de créditos, el proveedor suscribe con el factor un contrato de cesión de derechos de acuerdo a la normativa del Código Civil, se encarga de la cobranza de éstos y si así se pacta, asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores²⁰¹

¹⁹⁷ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Contratos Modernos*, Gaceta Jurídica Editores, Lima. Marzo 1999, p.57

¹⁹⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Editorial Heliasta, 23ª edición, Buenos Aires, 1994, p.6

¹⁹⁹ CERINI, Silvana María, DE CASTRO, María Inés, *Nuevos Contratos Comerciales*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2006, p.29

²⁰⁰ Expresión utilizada por CERINI, Silvana María en op. cit. P.30

²⁰¹ PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006, p.193

1.1 Operatividad

Como se puede apreciar de la definición que da al contrato de Factoring el jurista Cabanellas, se trata pues, de un simple encargo de cobranza, obviamente contra el pago por el servicio prestado. Este concepto extraído del Diccionario del autor, que data de muchísimos años atrás, podría quedar limitado a una simple operación en la que interviene una entidad especializada, llámese un banco, y un cliente, quien hace el encargo al primero, de cobrar un título valor, que bien podría ser una letra de cambio u otro.

Sin embargo, la operatividad del contrato de Factoring, tal como se ha previsto, no sólo en la legislación sino en las diversas interpretaciones realizadas por diversos autores, entre los que destaco a Ulises Montoya Manfredi por su claridad y simpleza para explicar este contrato; va más allá de la simple transferencia de un servicio de cobranza.

Por otro lado, tratando de distinguir el contrato de Factoring, de otras figuras similares que se confunden, también hablaremos del "factory"²⁰² que es un conjunto de locales de venta dentro de un complejo inmobiliario con características especiales para atender al público masivo, en cada uno de los cuales funciona un negocio donde diferentes fabricantes venden las mercaderías producidos por ellos mismos, es decir, sin intermediarios, lo cual determina un precio inferior al de otros centros de venta²⁰³

El Factoring en el Perú, tiene un singular tratamiento jurídico, si recogemos parte de la legislación prevista en la

²⁰² PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Bs. As, 2006, p. 187

²⁰³ FARINA, *Contratos Comerciales Modernos*, ASTREA, Bs.As., 2005, p.463

Ley de Títulos Valores, la Ley General del Sistema Financiero, el Reglamento de Factoring, la “Ley que promueve el financiamiento a través de la factura conformada”, entre otros, podremos observar que no se limita a una mera operación bancaria, por el contrario, más bien se trata de un contrato con ciertas particularidades en el que las partes intervinientes obtienen una serie de **beneficios**, como para el **cliente final** que puede acceder a una línea de crédito para la adquisición de productos, como para el **cliente o establecimiento comercial** que puede incrementar ventas, rotación de inventarios, reposición de productos, disminución de riesgos por colocación de créditos, liquidez que le otorga el Factor por el endoso de sus facturas conformadas y de sus garantías mobiliarias y para el **Factor** la posibilidad de diversificar el riesgo, dispersión del crédito, manejo de registros contables, entre otros, que son importantes para el flujo de agentes económicos que traen como consecuencia el desarrollo de la economía.

Es justamente la finalidad de este trabajo y el aporte que hace el investigador, de generar la inquietud que motiva conocer y acceder a mayor información sobre este contrato, sobre su operatividad y los cuantiosos beneficios que puede dar al impulso de la economía nacional. Fórmulas como las que nos otorga el contrato de Factoring, han hecho que en otros países y en otras realidades, a partir de éste, se impulse el desarrollo económico, razón por la cual surge la interrogante de por qué no permitimos los peruanos el acceso a fórmulas que pueden coadyuvar al emprendimiento empresarial, como es el caso del

Factoring, con la combinación del financiamiento en la modalidad que el Factoring nos permite.

El Factoring es una forma que tienen las empresas de obtener créditos de las entidades bancarias; éstas les prestan dinero a cambio de las futuras cobranzas, con la salvedad hecha en este análisis de que se hagan utilizando facturas conformadas que la empresa va a emitir. Aclaremos nuevamente²⁰⁴ que el descuento de facturas ya emitidas no es Factoring sino “cesión de créditos”, pues una de las características del Factoring es lo futuro de la cobranza. Los beneficios para la empresa son el crédito que obtiene, adicionalmente a servicios colaterales, como la calificación del sujeto de crédito, el registro contable de los créditos, la liquidez, la posibilidad de reposición de productos, la rotación de inventarios, la posibilidad de incrementar sus ventas, entre otros, además de delegar la cobranza y la posible ejecución de garantías en caso de incumplimiento, si así se pactara.

La entidad financiera, por su parte, obtiene la posibilidad de realizar un negocio, la atomización del riesgo²⁰⁵ como la denomina Pisani, la diversificación de riesgo diríamos nosotros, la dispersión del crédito, que constituye no sólo una posibilidad de asegurar la solvencia y retorno de las colocaciones de una entidad financiera, sino aquello que desde que se expidió la Ley 26702²⁰⁶, se constituyó como una de las responsabilidades que asumirían éstas, para dejar en el olvido la nefasta situación de la banca en el Perú de los años 75 a 80.

²⁰⁴ Posición de la presente investigación que coincide perfectamente con la expresión de PISANI, Osvaldo E. en Op.Cit.p.192, pese a responder a la legislación argentina, de la cual se ha extraído las características del contrato de Factoring.

²⁰⁵ PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006, p.193

²⁰⁶ Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, expedida en el año 1994.

Osvaldo Pisani²⁰⁷ señala que el contrato de Factoring no es una figura muy utilizada en Argentina por carecer de instrumentos adecuados y económicos que den certeza a su operatividad. Se refiere también a la Ley de Factura de Crédito que regula una forma instrumental con la finalidad de suplir esta deficiencia denominada “cobranza bancaria de factura de crédito”, pero que todavía –así refiere el autor al momento de la edición de la obra analizada- no es utilizada.

Caso distinto es el de nuestro país, como hemos analizado anteriormente, porque a diferencia de que su uso en la práctica no esté generalizado debido a la falta de un instrumento, sucede más bien, que se debe a la falta de difusión o conocimiento del tema y consecuentemente de los beneficios que se pueden obtener a partir de su operatividad. La Factura Conformada pues, que originalmente fue regulada por la Ley 26702 General del Sistema Financiero y de Seguros, posteriormente ha sido derivada a la Ley de Títulos Valores No. 27287, por lo tanto, consideramos que este instrumento ha recibido suficiente regulación, sin embargo, no podemos decir lo mismo del contrato de Factoring en general.

1.2 Incidencia del contrato de Factoring en Arequipa en el año 2008

Luego de la investigación realizada, sea a través de entrevistas, encuestas y de los reportes financieros, podemos observar que la incidencia del contrato de Factoring es relativamente baja en nuestra ciudad, sin embargo, conocedores de los beneficios y de las posibilidades que otorga este contrato a todos los que participan de él, llámese cliente final, empresa comercial y entidad financiera; es probable, que no se esté dando la difusión necesaria para su aplicación.

²⁰⁷ Op. Cit. p.193

Esto ha motivado una de las recomendaciones finales, en la que se sugiere darle prioridad a la información y difusión, de la factura conformada y de la operatividad del contrato de Factoring, para poder acceder a los beneficios que brinda, y de esta manera ampliar el acceso al financiamiento mediante esta modalidad, y de esta manera viabilizar el desarrollo de las actividades comerciales y empresariales de todos los sectores y especialmente de las Mypes.

Con la finalidad de ilustrar mejor la presente investigación, haremos un resumen de la investigación de campo realizada, la misma que arroja los siguientes resultados y que están plasmados en el **Cuadro A-1** que a continuación detallamos.

Se ha tomado como fuente de información a cuatro principales bancos de la ciudad, ya que sólo éstos eran durante el 2007 y hasta julio del 2008 las entidades financieras, autorizadas a realizar operaciones de Factoring.

El resultado es sorprendente ya que al parecer no se está utilizando de forma óptima este contrato o modalidad de financiamiento, perdiendo de esta manera una gran oportunidad de acceso al crédito, de difundir esta fuente de financiamiento a quienes lo requieran y consecuentemente al desarrollo económico de la región.

Para este trabajo se utilizó un formato de Cuestionario con una serie de preguntas que luego originó un segundo formato que concluyeron en el cuadro A-1, en el que se puede apreciar que muchos de los funcionarios autorizados

del área de créditos de las diferentes entidades financieras de nuestra ciudad, desconocen de los elementos y aplicación del contrato de Factoring.



CUADRO A- 1

ENTREVISTAS A ENTIDADES FINANCIERAS EN AREQUIPA

(Fuente: Recursos propios)

PREGUNTA	SCOTIABANK	INTERBANK	BANCO DE CRÉDITO	BANCO CONTINENTAL
1. Utilizan facturas conformadas? ¿Por qué?	NO. Porque con la modificación que sufrieron, perdieron toda su utilidad (derecho de prenda sobre los bienes). En consecuencia, no tienen ninguna utilidad que no pueda ser alcanzada con otros títulos valores de uso más generalizado, como el pagaré o la letra de cambio.	NO. Porque no conocía de la existencia de la FC.	NO. Porque no es común, los clientes no trabajan por lo general con FC.	NO. Porque nuestros clientes no la utilizan
2. Conoce de la existencia de las facturas conformadas?	No he visto a ningún comerciante utilizarla.	NO	SI	SI
3. Utilizaría la Factura Conformada en operaciones de factoring, conociendo sus ventajas?	Con la modificación incorporada por la ley 28203, la factura conformada ya no concede un derecho de prenda; en consecuencia, ya no reviste ninguna utilidad o ventaja especial.	Si, pero como no se utiliza en Arequipa, habría que promocionar el producto y asesorar a los clientes para que la utilicen.	Si, pero en un mercado reducido, ya que son algunas empresas las que por propia política interna utilizan el Factoring.	Si, pero habría que lograr que los clientes utilicen la FC.

4. Para Uds, ¿es exigencia o conveniencia dispersar el crédito? (asignar recursos en diferentes rubros, o en diferentes tipos de obligaciones/colocaciones)	Es exigencia	Es exigencia y conveniencia.	Es exigencia y conveniencia.	Es exigencia y conveniencia
5. ¿Tiene alguna meta en créditos?	Si	No en todos. Pero el fuerte en operaciones es el Leasing.	SI.	SI
6. ¿Tiene alguna meta en factoring?	NO	NO	8 millones de dólares, pero como ya expliqué se trata de clientes que por política de la empresa manejan factoring.	NO
7. ¿Cuál es el panorama en Lima?	En Lima se utiliza más el Factoring.	En Lima encontramos más empresas formales, más corporativas, la forma de pensar además es diferente.	En Lima es distinto, porque las empresas son mucho más grandes y la idiosincrasia es otra, igual en el norte.	En Lima se manejan cantidades mucho más grandes de dinero, además las grandes corporaciones están ahí y se maneja todo tipo de operaciones.

Consecuentemente, y con datos no muy alentadores, la incidencia del contrato de Factoring tanto cuantitativamente como cualitativamente sería muy baja. Sin embargo, aún con estos resultados, que podrían estar cambiando de rumbo la presente investigación; estamos convencidos de que con mayor información sobre la adecuada aplicación de las facturas conformadas y en general de los contratos de Factoring, los resultados serían muy distintos.

Al respecto, sería bueno analizar el **cuadro A-2** en el que se muestran a continuación, los montos de créditos directos otorgados en Arequipa por el sistema financiero, en el año 2008, en sus diversas modalidades. El cuadro nos indica montos de créditos otorgados en los distritos que tienen mayor actividad financiera en el departamento de Arequipa, con un total de S/.2 079 206 colocados, que en relación al monto de créditos otorgados a nivel nacional en el 2008 que asciende a S/.91 879 150, sólo alcanza el 1.9% de esta suma global. **Cuadro A-3**

Asimismo en el año 2009 la colocación de la banca múltiple en el departamento de Arequipa, ascendió a S/. 2 178 296, como se muestra en el **Cuadro A-4**, frente a un total a nivel nacional en el mismo año, de S/. 92 397 306 que corresponde al 2.01% de esa suma, como apreciamos del **Cuadro A-5**. Lo que nos demuestra la escasa colocación crediticia en el departamento de Arequipa, en relación al resto del país.

Fuente: Superintendencia de Banca y Seguros

CUADRO A-2

Créditos directos totales de la Banca Múltiple al 31 de diciembre de 2008 por zona Geográfica en Arequipa

Distrito	MN	ME	Total Soles
Arequipa	785 414	845 170	1 630 584
Camaná	36 709	18 833	55 542
Cayma	59 765	90 820	150 585
José Luis Bustamante y Rivero	32 632	11 110	43 742
Majes	3 978	193	4 171
Miraflores	28 426	22 332	50 758
Mollendo	4 840	2 874	7 714
Yanahuara	97 698	38 412	136 110
TOTAL Arequipa	1 049 462	1 029 744	2 079 206

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

El total de préstamos directos colocados en todo el departamento de Arequipa en el año 2008 asciende al 1.91% del monto total otorgado a nivel nacional en el mismo año. Contraste con cuadro siguiente A-3.

Cuadro A-3

Créditos directos otorgados por la Banca Múltiple al 31 de diciembre del 2008 a nivel nacional

Tipo de créditos directos	Expresado en soles
Moneda Nacional	39 040 435
Moneda Extranjera	52 838 715
TOTAL	91 879 150

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

Monto de créditos otorgados a nivel nacional en el año 2008, de los cuales, son colocados en el departamento de Arequipa el 1.91%

Cuadro A-4**Créditos directos totales de la Banca Múltiple al 31 de diciembre de 2009 por zona Geográfica en Arequipa**

Distrito	MN	ME	Total Soles
Arequipa	884 582	732 515	1 617 097
Camaná	46 167	15 144	61 311
Cayma	124 640	97 299	221 939
José Luis Bustamante y Rivero	30 763	11 478	42 241
Majes	16 594	596	17 190
Miraflores	52 901	23 649	76 550
Mollendo	6 670	3 749	10 419
Yanahuara	99 598	31 951	131 549
TOTAL Arequipa	1 261 914	916 382	2 178 296

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

El total de préstamos directos colocados en todo el departamento de Arequipa en el año 2009 asciende al 2.01% del monto total otorgado a nivel nacional en el mismo año. Contraste con cuadro siguiente A-5.

Cuadro A-5**Créditos directos otorgados por la Banca Múltiple al 31
de diciembre de 2009 a nivel nacional**

Tipo de moneda	Expresado en soles
Moneda Nacional	43 943 009
Moneda Extranjera	48 454 297
TOTAL	92 397 306

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

Monto de créditos otorgados a nivel nacional en el año 2009, de los cuales, son colocados en el departamento de Arequipa el 2.01%

1.3 Relevancia económica para Arequipa y el Perú a partir del contrato de Factoring.

Como se desprende de los cuadros anteriores, los montos totales de financiamiento otorgados bajo la modalidad del contrato de Factoring, es en realidad irrelevante, puesto que no representa un porcentaje significativo en los montos totales colocados por las diferentes empresas del sistema financiero. Sin embargo, consideramos que la principal causa es la falta de información sobre el contrato en sí y los beneficios que éste

puede generar a la economía no sólo de nuestra región sino del país en general.

Una de las razones, sería la expuesta en torno a la desnaturalización de la factura conformada que con las últimas modificaciones y la inclusión de servicios en su contenido, hace aún más difícil su aplicación, restando la posibilidad de una garantía prendaria que podría respaldar las obligaciones contenidas en ésta.

Sin embargo, consideramos que la relevancia, no está en función únicamente de los resultados económicos o de los montos de financiamiento otorgados en esta modalidad, sino que, también podría ser medida potencialmente, ya que estamos convencidos que con este trabajo de investigación se puede aportar mucho en la aplicación y ejecución de este contrato, favoreciendo consecuentemente a la economía nacional.

A continuación podremos apreciar una serie de cuadros, en los cuales mostramos la cantidad de montos de soles que se negocian a nivel nacional en las diferentes instituciones financieras a partir de una operación Factoring. Obviamente, luego de la observación anotada, las cifras podrían estar incluyendo además de los montos obtenidos por el contrato de Factoring, los obtenidos por descuentos de facturas o pagos a cuentas de facturas, que son operaciones con las que se suele confundir el Factoring.

Los cuadros a continuación muestran que a nivel nacional la colocación de recursos en operaciones Factoring son considerables, con tendencia a incrementarse.

Cuadro A-6

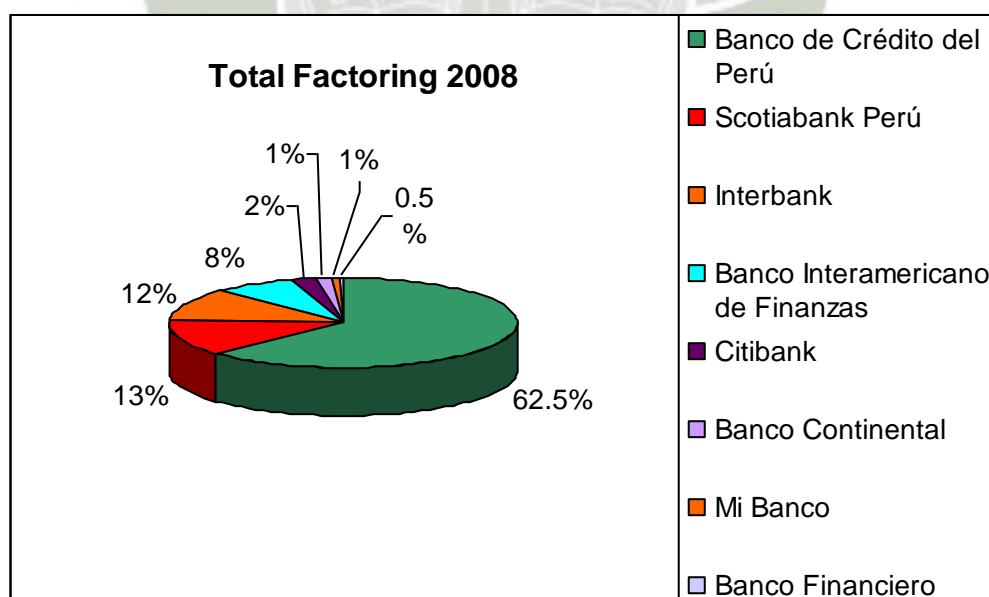
**TOTAL PARTICIPACION EN EL MERCADO DEL SISTEMA
FINANCIERO NACIONAL - OPERACIONES DE FACTORING POR
BANCO - 2008**

Total Factoring 2008	
Banco	Monto en Soles
Banco de Crédito del Perú	3627975
Scotiabank Perú	744730
Interbank	674877
Banco Interamericano de Finanzas	452318
Citibank	148798
Banco Continental	79665
Mi Banco	40841
Banco Financiero	20601
Total	5 789 805

Fuente:

www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.



CUADRO A-7
COLOCACIONES EN OPERACIONES FACTORING A NIVEL
NACIONAL EN EL 2008 (expresado en soles)

TOTAL BANCA MÚLTIPLE

Mes	Total Banca Múltiple
Enero	507713
Febrero	492509
Marzo	466270
Abril	467911
Mayo	427557
Junio	444352
Julio	480942
Agosto	494090
Setiembre	454105
Octubre	458375
Noviembre	510302
Diciembre	585679
TOTAL	5'789805

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

En este cuadro, como en el anterior, se aprecia el monto total de soles colocados bajo la modalidad de contratos Factoring en el año 2008, que corresponde al 5.31% del total de créditos directos otorgados a nivel nacional, en ese mismo año.

También en el cuadro anterior podemos apreciar que el Banco de Crédito es el que tiene mayor participación en el mercado crediticio bajo la modalidad de Factoring, habiendo colocado el 62% del total en el 2008.

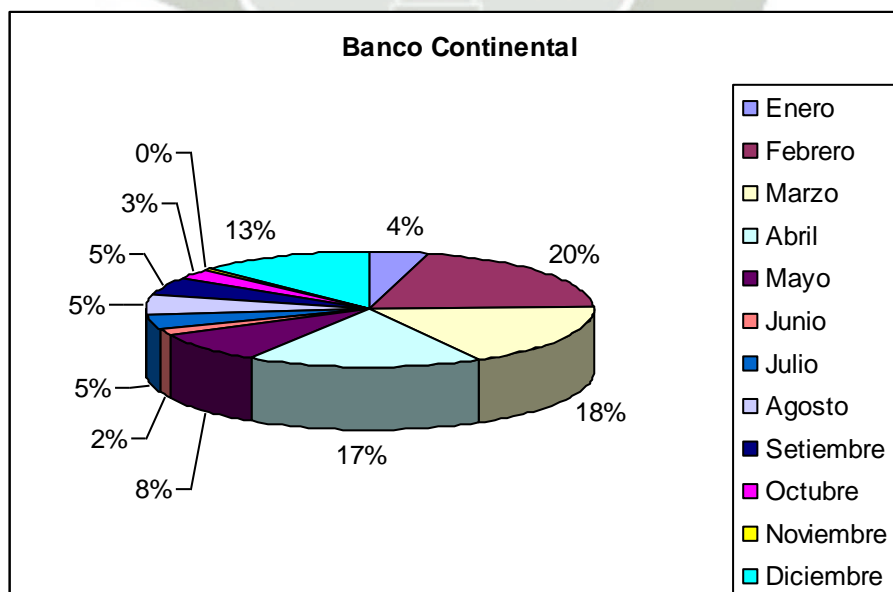
A continuación la colocación de créditos bajo la modalidad Factoring, de los diferentes bancos en el año 2008.

BANCO CONTINENTAL Factoring 2008

Mes	Total
Enero	3259
Febrero	16048
Marzo	14113
Abril	13554
Mayo	6729
Junio	1301
Julio	3634
Agosto	4263
Setiembre	4067
Octubre	2347
Noviembre	200
Diciembre	10150
TOTAL	79665

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

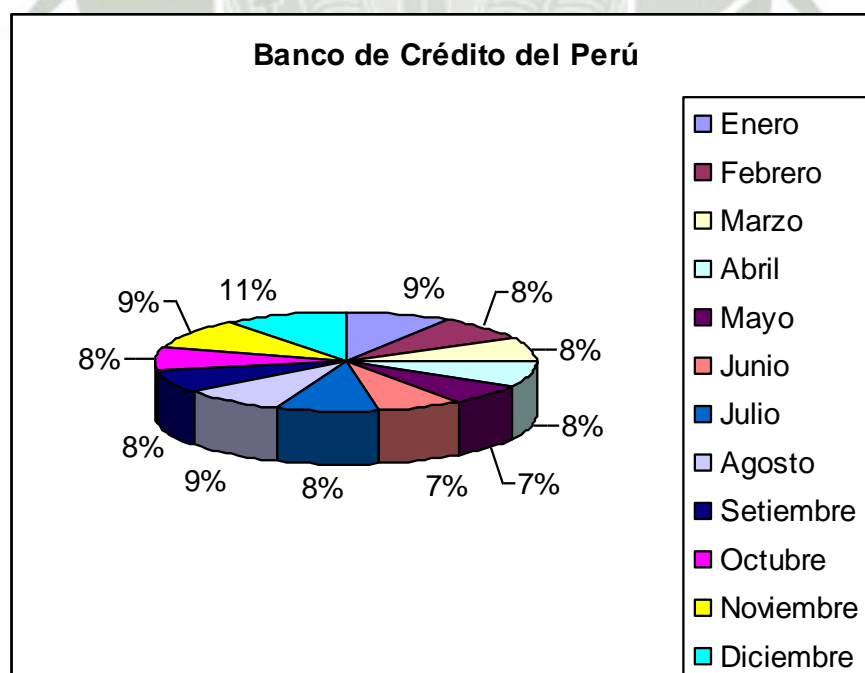


BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ Factoring 2008

Mes	Total
Enero	320775
Febrero	297234
Marzo	289595
Abril	287219
Mayo	253050
Junio	268736
Julio	304510
Agosto	312035
Setiembre	279359
Octubre	293110
Noviembre	340327
Diciembre	382025
TOTAL	3 627 975

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

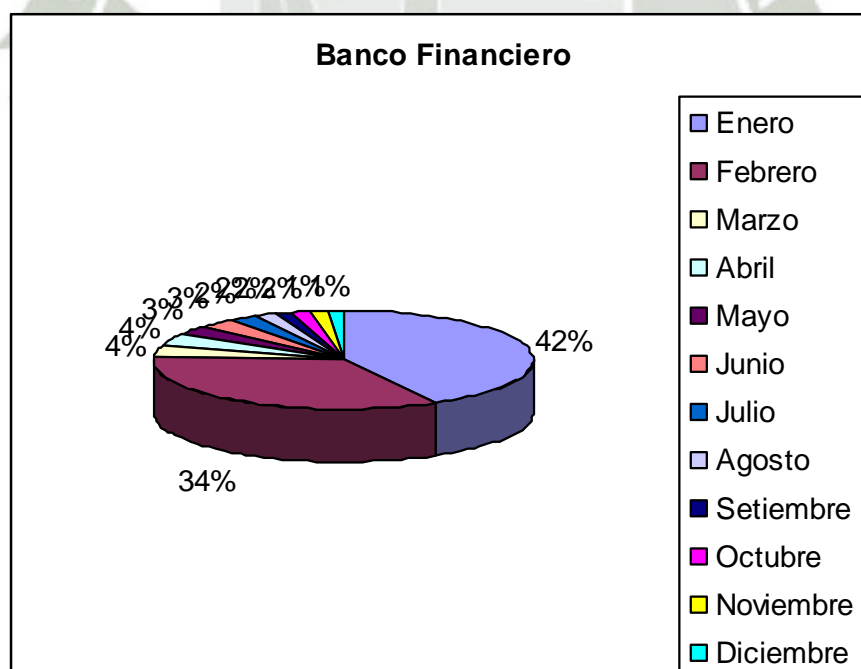


BANCO FINANCIERO Factoring 2008

Mes	Total
Enero	8637
Febrero	6933
Marzo	891
Abril	790
Mayo	675
Junio	595
Julio	468
Agosto	388
Setiembre	330
Octubre	342
Noviembre	245
Diciembre	307
TOTAL	20601

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.



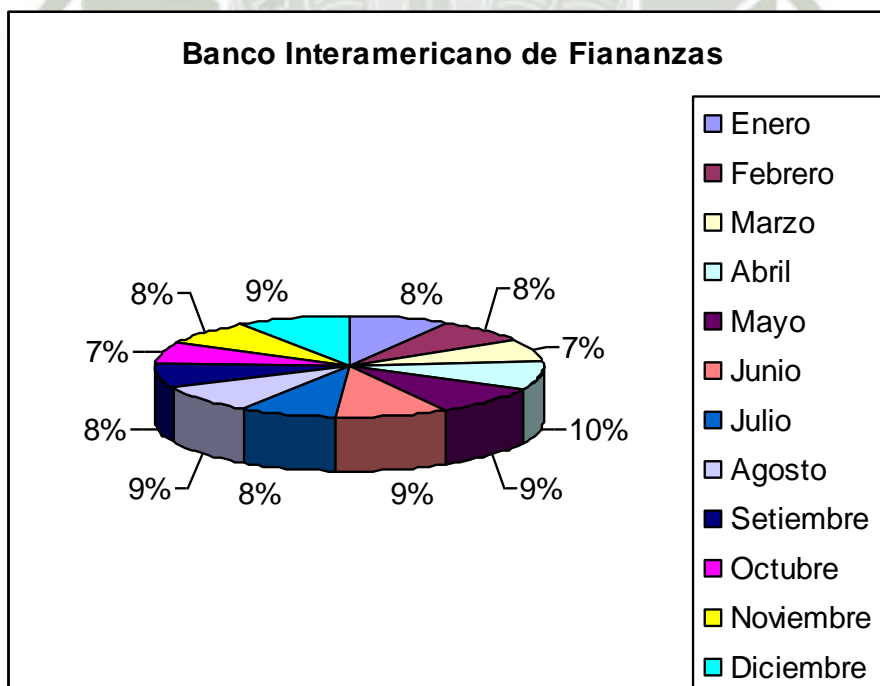
BANCO INTERAMERICANO DE FINANZAS

Factoring 2008

Mes	Total
Enero	38285
Febrero	35151
Marzo	33071
Abril	40433
Mayo	41623
Junio	42278
Julio	36880
Agosto	39771
Setiembre	37039
Octubre	29444
Noviembre	35572
Diciembre	42771
TOTAL	452318

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.



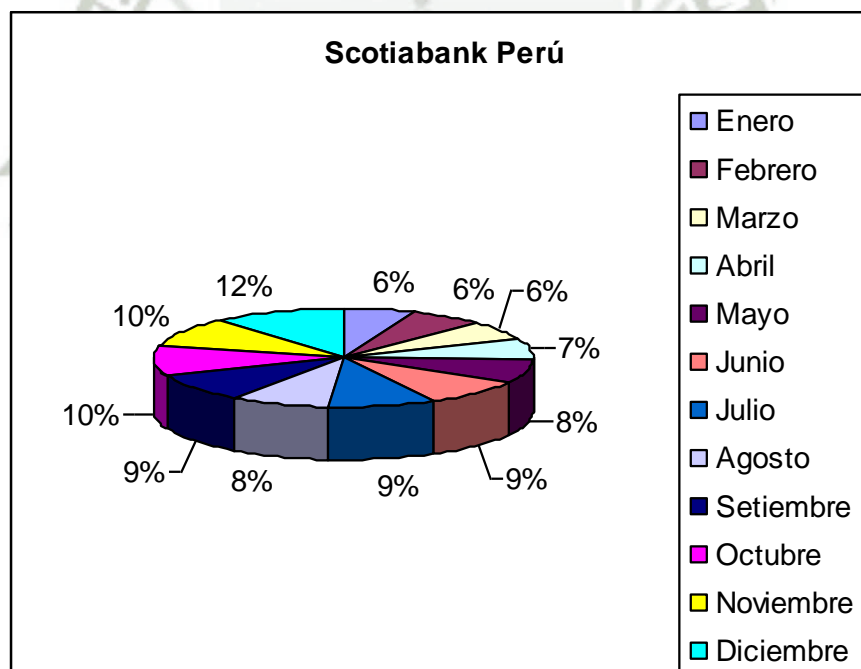
SCOTIABANK PERÚ

Factoring 2008

Mes	Total
Enero	46544
Febrero	46219
Marzo	44355
Abril	50966
Mayo	57990
Junio	67405
Julio	68948
Agosto	63014
Setiembre	67095
Octubre	73883
Noviembre	76074
Diciembre	82237
TOTAL	744730

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

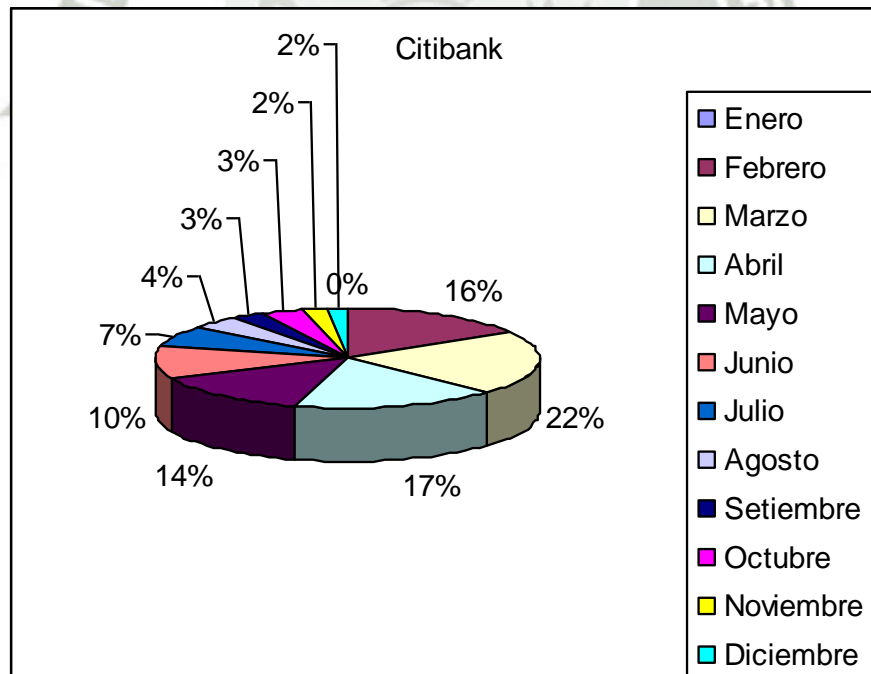


CITIBANK Factoring 2008

Mes	Total
Enero	19043
Febrero	20967
Marzo	27048
Abril	22550
Mayo	18159
Junio	13616
Julio	9074
Agosto	5388
Setiembre	3595
Octubre	4249
Noviembre	3009
Diciembre	2100
TOTAL	148798

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

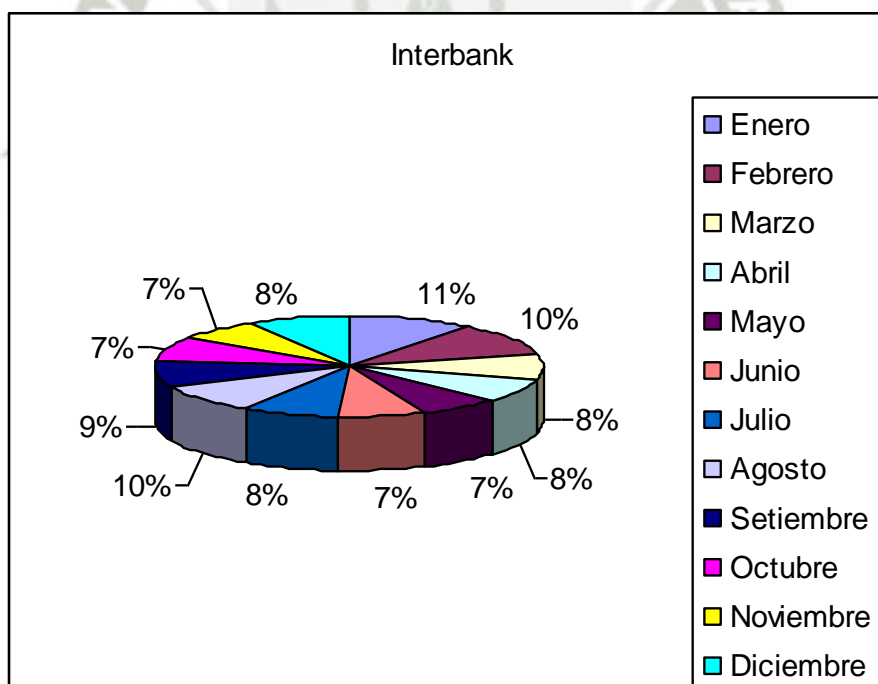


INTERBANK Factoring 2008

Mes	Total
Enero	71170
Febrero	68883
Marzo	56107
Abril	51268
Mayo	47616
Junio	48146
Julio	53543
Agosto	65046
Setiembre	58033
Octubre	49511
Noviembre	49394
Diciembre	56160
TOTAL	674877

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

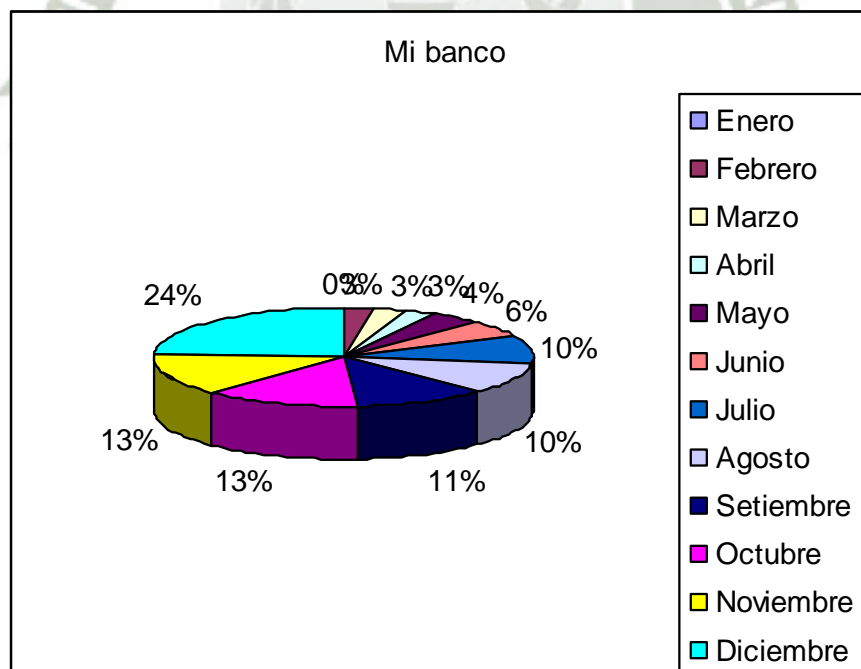


MI BANCO Factoring 2008

Mes	Total
Enero	-
Febrero	1074
Marzo	1090
Abril	1131
Mayo	1715
Junio	2275
Julio	3885
Agosto	4185
Setiembre	4587
Octubre	5489
Noviembre	5481
Diciembre	9929
TOTAL	40841

(*) Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.



En el cuadro siguiente A-8, se aprecia el monto total de soles colocados bajo la modalidad de contratos Factoring en el año 2009, que corresponde al 7.2% del total de créditos directos otorgados a nivel nacional, en ese mismo año.

También en el cuadro A-8 podemos apreciar que el Banco de Crédito es el que tiene mayor participación en el mercado crediticio bajo la modalidad de Factoring, habiendo colocado el 60% del total en el 2009.

A continuación la colocación de créditos bajo la modalidad Factoring, de los diferentes bancos en el año 2009.

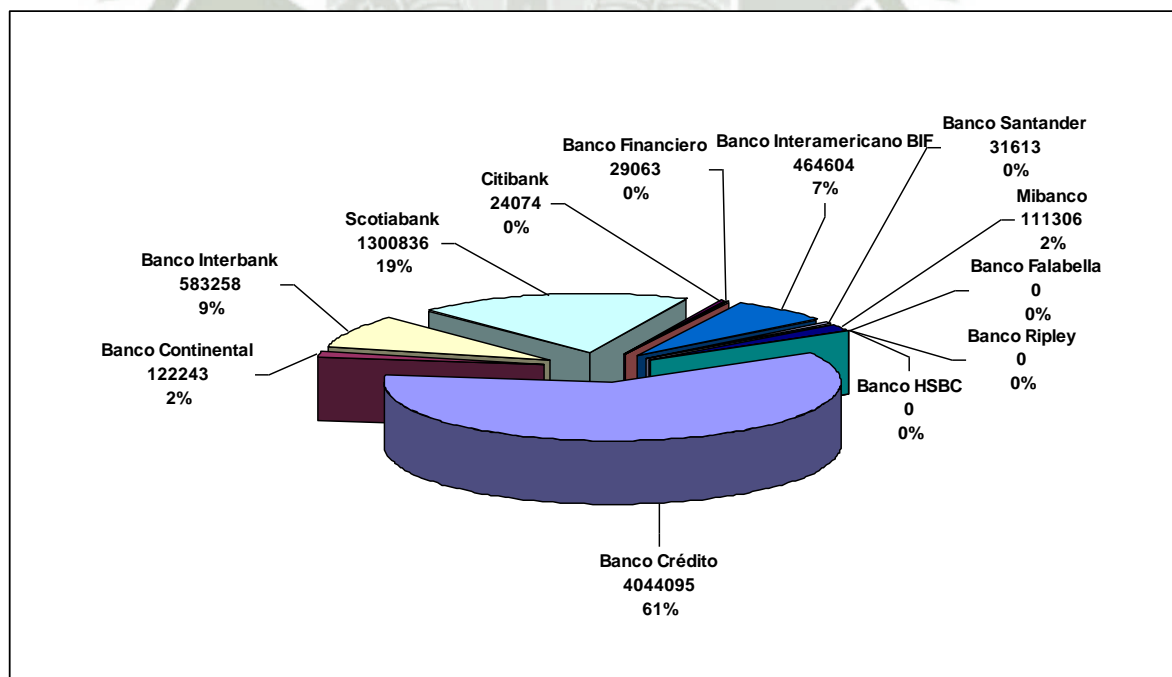


Cuadro A-8

**TOTAL PARTICIPACION EN EL MERCADO DEL SISTEMA
FINANCIERO NACIONAL - OPERACIONES DE FACTORING POR
BANCO - 2009**

Banco	Total 2009
Banco Crédito	4044095
Scotiabank	1300836
Banco Interbank	583258
Banco Interamericano BIF	464604
Citibank	24074
Banco Financiero	29063
Banco Continental	122243
Banco Santander	31613
Mibanco	111306
Banco Falabella	--
Banco Ripley	--
Banco HSBC	--
TOTAL	6711092

OPERACIONES DE FACTORING POR BANCO - 2009



Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

A continuación podemos apreciar el Cuadro A-9 con el Comparativo de los años 2008 y 2009, del total de créditos otorgados por los diferentes bancos en la modalidad de Factoring, del cual se puede apreciar que hay una tendencia a incrementarse, no sólo por mayores colocaciones, sino además por la apertura de nuevas instituciones financieras en nuestro país.

Cuadro A-9
CUADRO COMPARATIVO 2008-2009

**TOTAL PARTICIPACION EN EL MERCADO DEL SISTEMA
FINANCIERO NACIONAL OPERACIONES DE FACTORING POR
BANCO**

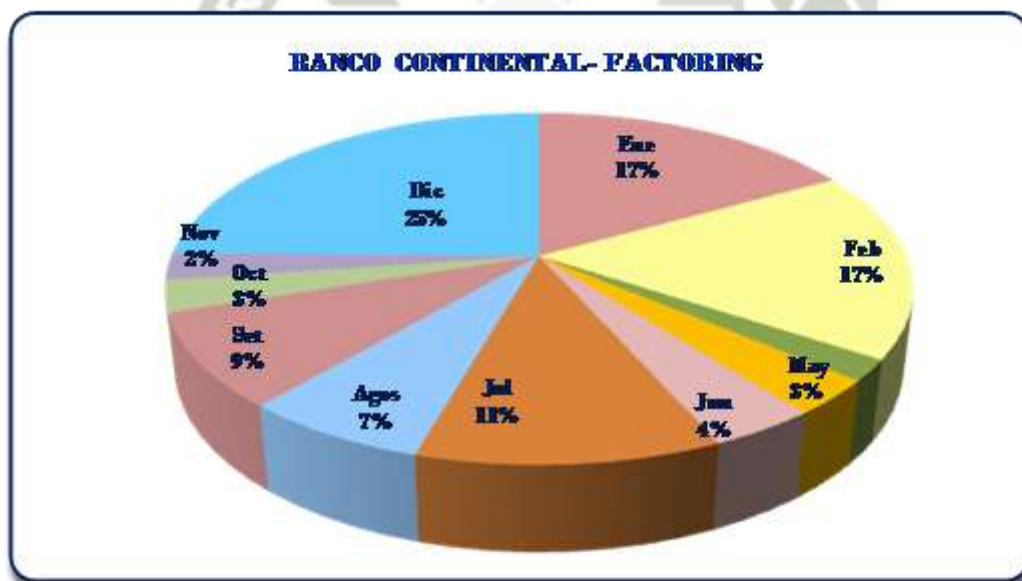
Banco	Total 2008	Total 2009
Banco Crédito	3627975	4044095
Banco Continental	79665	122243
Interbank	674877	583258
Scotiabank	744730	1300836
Citibank	148798	24074
Banco Financiero	20601	29063
Banco Interamericano BIF	452318	464604
Banco Santander	---	31613
Mibanco	40841	111306
Banco Falabella	--	--
Banco Ripley	--	--
Banco HSBC	--	--
TOTAL	5789805	6711092

Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

**BANCO
CONTINENTAL
Factoring 2009**

Mes	%
Ene	20,629
Feb	21,252
Mar	--
Abr	2,346
May	3,997
Jun	4,779
Jul	13,571
Agos	8,339
Set	10,543
Oct	3,529
Nov	3,014
Dic	30,244
Total	122,243

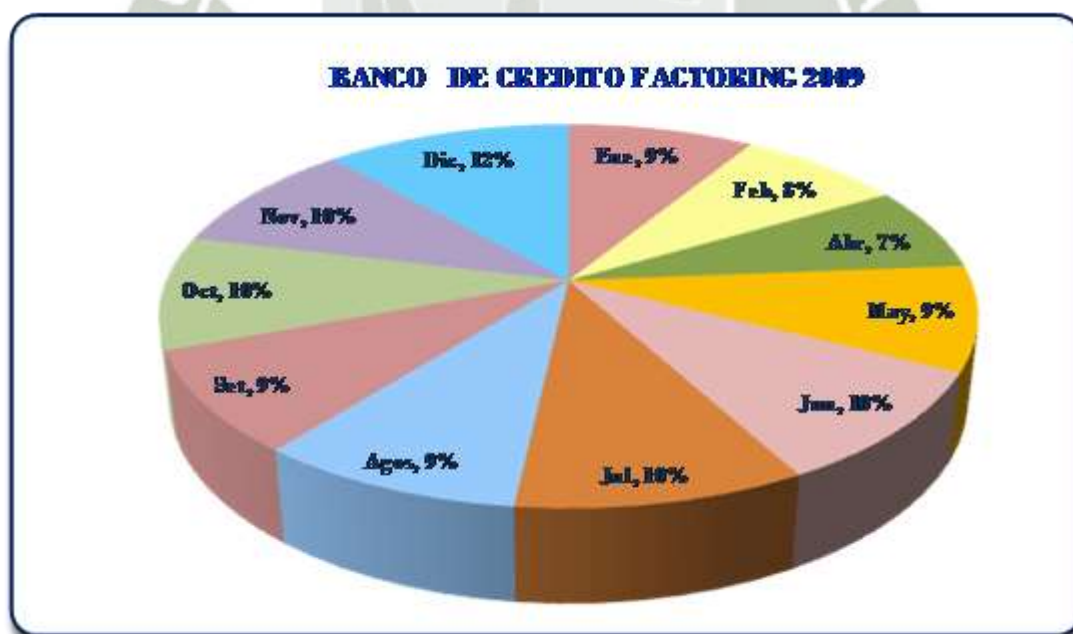


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

**BANCO CREDITO
Factoring 2009**

Mes	Total
Ene	356,404
Feb	313,950
Mar	--
Abr	289,736
May	355,459
Jun	385,473
Jul	392,188
Agos	360,404
Set	346,081
Oct	386,124
Nov	386,574
Dic	471,702
TOTAL	4,044,095

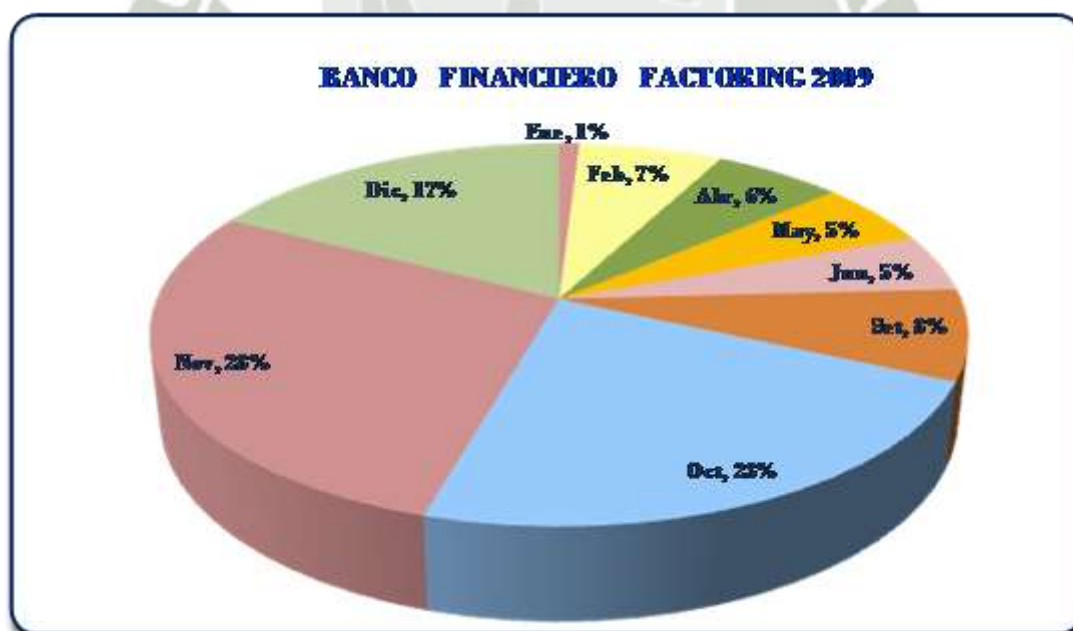


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

**BANCO
FINANCIERO
Factoring 2009**

Mes	Total
Ene	280
Feb	1,976
Mar	--
Abr	1,755
May	1,583
Jun	1,416
Jul	28
Agos	18
Set	2,215
Oct	6,574
Nov	8,174
Dic	5,044
TOTAL	29,063

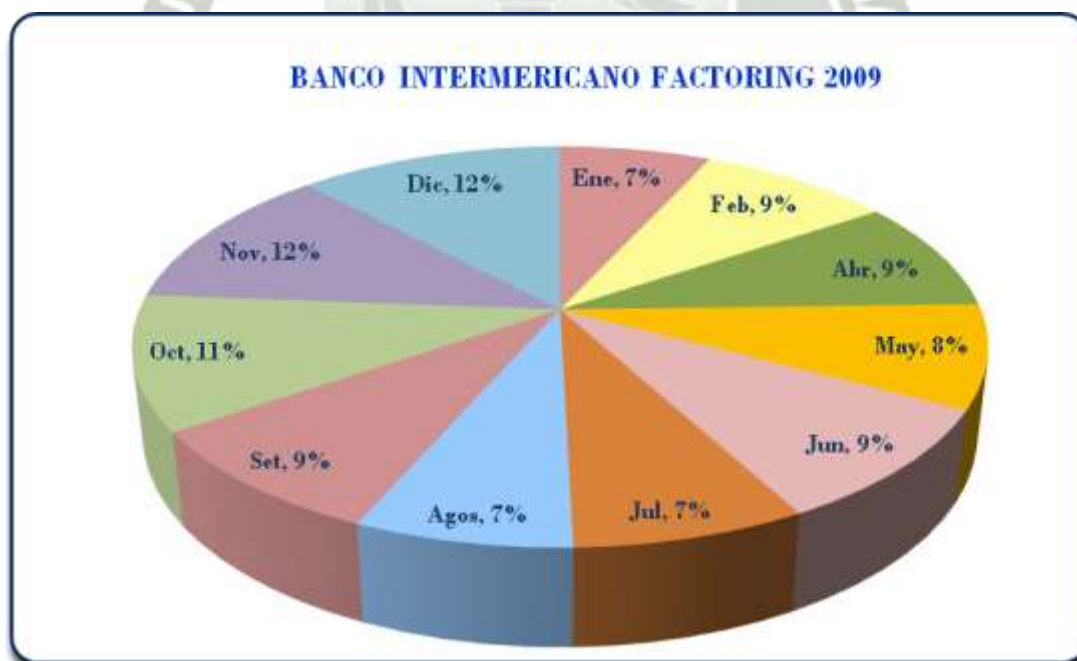


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

**BANCO
INTERAMERICANO
DE FINANZAS
Factoring 2009**

Mes	Total
Ene	31,815
Feb	40,636
Mar	--
Abr	41,673
May	38,631
Jun	42,923
Jul	34,715
Agos	32,280
Set	41,050
Oct	50,291
Nov	54,962
Dic	55,628
TOTAL	464,604

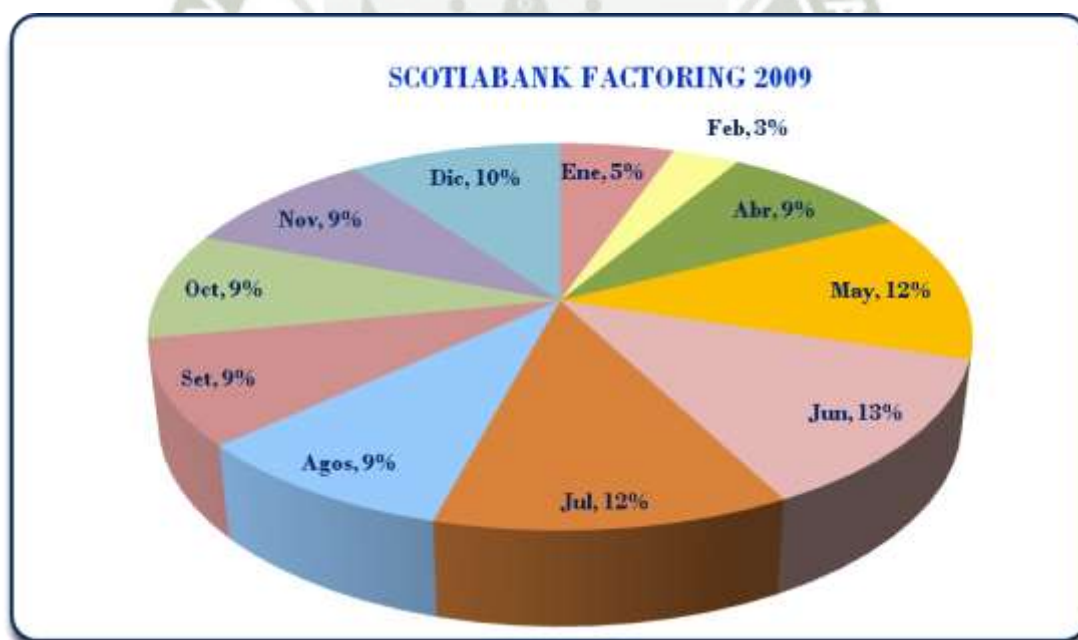


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

SCOTIABANK Factoring 2009

Mes	Total
Ene	69,884
Feb	40,636
Mar	--
Abr	116,082
May	161,436
Jun	163,220
Jul	152,880
Agos	116,848
Set	113,988
Oct	116,380
Nov	119,601
Dic	129,881
TOTAL	1,300,836

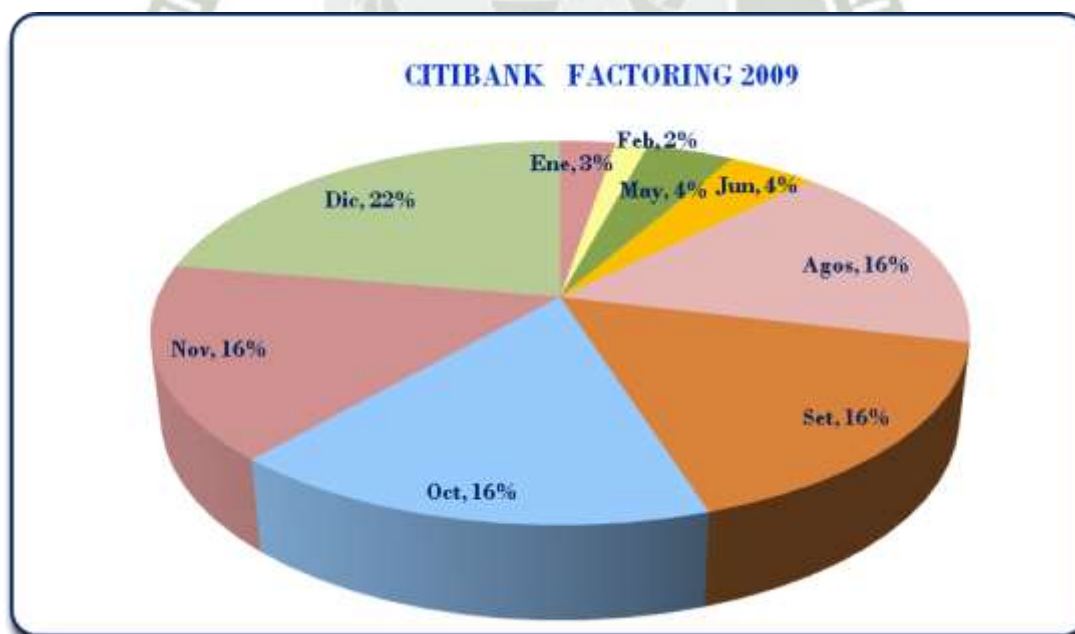


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

CITIBANK Factoring 2009

Mes	Total
Ene	636
Feb	366
Mar	--
Abr	--
May	993
Jun	998
Jul	--
Agos	3,931
Set	3,931
Oct	3,931
Nov	3,931
Dic	5,357
TOTAL	24,074

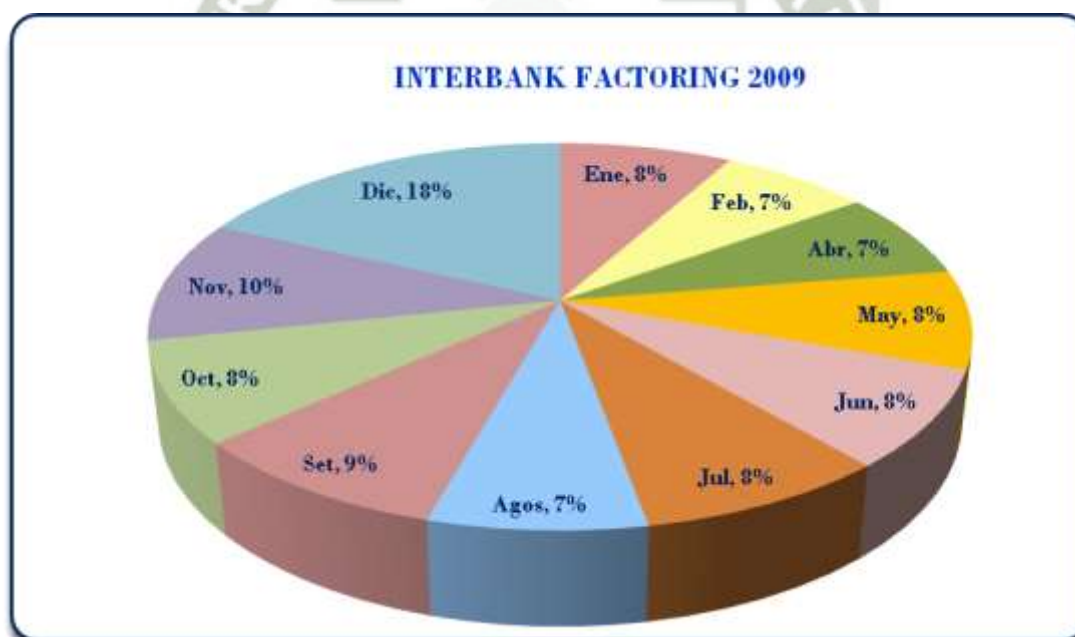


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

INTERBANK Factoring 2009

Mes	Total
Ene	47,269
Feb	40,786
Mar	--
Abr	42,866
May	47,918
Jun	46,989
Jul	49,133
Agos	41,994
Set	52,339
Oct	48,917
Nov	59,649
Dic	105,378
TOTAL	583,238

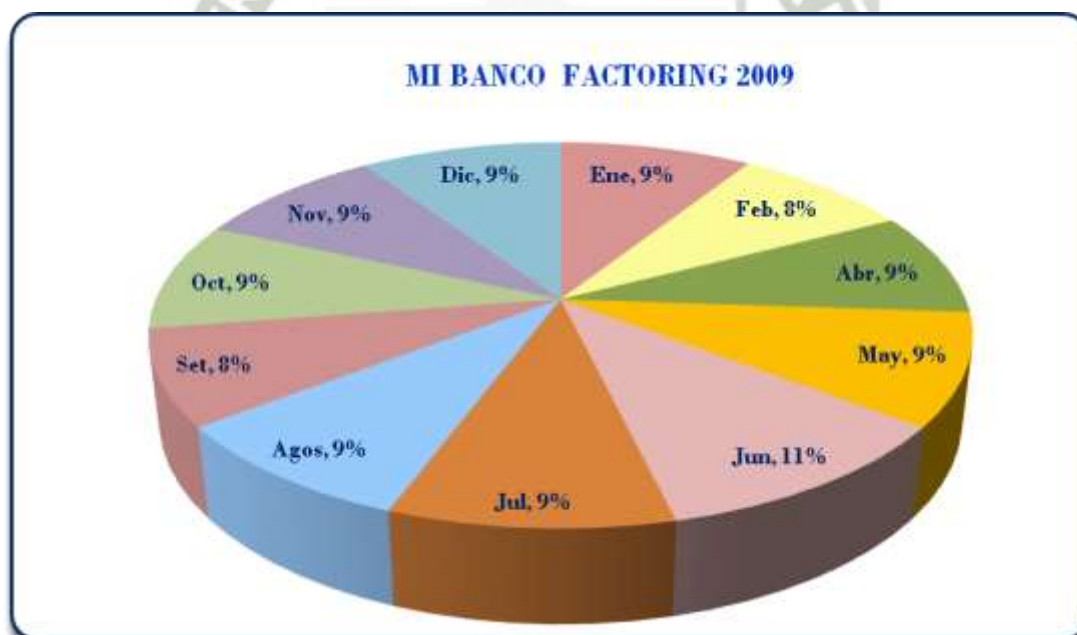


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

MIBANCO Factoring 2009

Mes	Total
Ene	10,051
Feb	9,323
Mar	--
Abr	9,657
May	10,431
Jun	12,016
Jul	10,519
Agos	9,863
Set	8,931
Oct	10,071
Nov	9,891
Dic	10,553
TOTAL	111,306

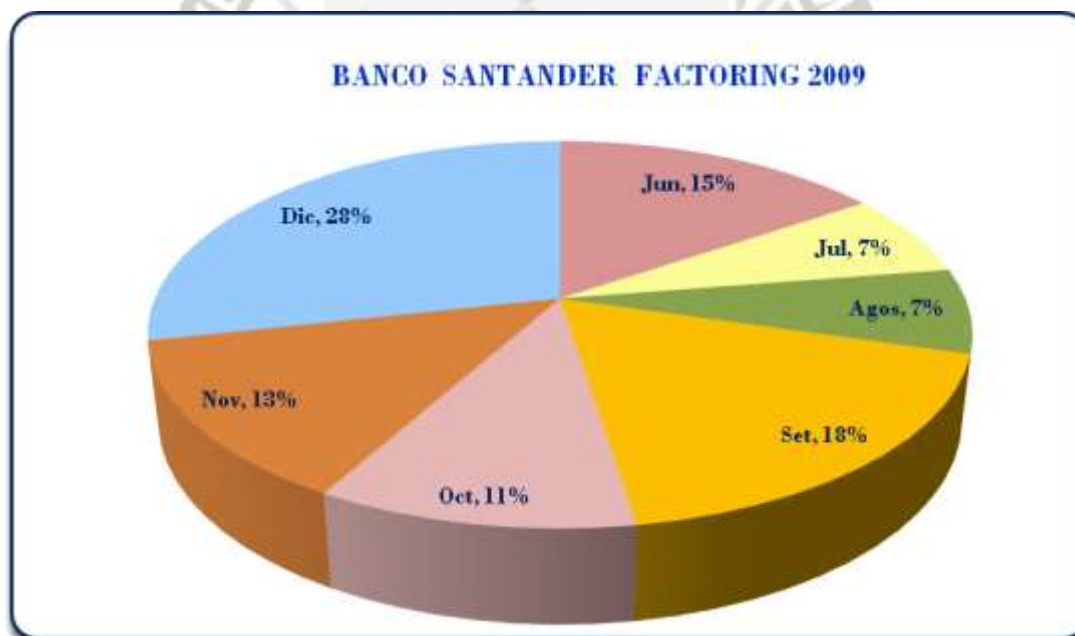


Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

**BANCO
SANTANDER
Factoring 2009**

Mes	Total
Ene	--
Feb	--
Mar	--
Abr	--
May	--
Jun	4,893
Jul	2,212
Agos	2,237
Set	5,682
Oct	3,347
Nov	4,241
Dic	9,001
TOTAL	31,613



Fuente: www.sbs.gob.pe/estadística/financiera

Total expresado en soles.

Se puede apreciar de los cuadros que anteceden, que el otorgamiento de créditos bajo la modalidad de Factoring varía sustancialmente de una entidad financiera a otra, e incluso de un mes a otro en la misma entidad, siendo el segundo semestre del año 2009 el que mayores colocaciones presenta.



CONCLUSIONES

1.- Los contratos innominados tienen un gran protagonismo en el desarrollo económico de los países en los que son utilizados, aún cuando éstos no son conocidos o regulados adecuadamente. Podemos advertir pues, que su funcionalidad y operatividad son parte del movimiento económico que favorece a todos los agentes que participan de éstos y que en algunos casos específicos requerirían de una regulación particular.

2.- El Contrato de Factoring contiene una serie de operaciones que favorecen el financiamiento y el flujo económico de los participantes, sin embargo, el hecho de ser poco conocido hace que no se aproveche de sus bondades y beneficios, a pesar de contar por lo menos con regulación básica.

3.- Se pretende demostrar que en Arequipa se aplica limitadamente el Contrato de Factoring como tal, habiéndose optado por operaciones financieras similares que no proporcionan los beneficios que éste podría otorgar, con lo cual se está perdiendo una valiosa oportunidad de financiamiento para los agentes que participan de éste, y algunos otros beneficios colaterales a las entidades financieras que lo aplican.

4.- Si bien, se ha probado parcialmente las hipótesis planteadas en el proyecto de investigación, debido al resultado de la información obtenida, debemos concluir en que éstas han sido determinantes para marcar el rumbo del trabajo de investigación, siendo en todo momento la base sobre la cual se investigaba.

5.- El examen de los negocios jurídicos realizados por medios o sistemas informáticos plantea a los juristas problemas básicos que deben examinarse con carácter prioritario a efectos de adecuar o adaptar los Códigos y las leyes a las nuevas realidades sociales. La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria, hace que en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades.

6.- El desconocimiento de las diferentes y modernas instituciones jurídicas, el poco acceso a la información que permita emplear herramientas modernas como es el caso del contrato de Factoring

en Arequipa, hace que se desechen oportunidades de crecimiento y desarrollo económico que beneficie a nuestros sectores empresariales menos favorecidos.

7.- Se propone la regulación del contrato de Factoring, vía texto legislativo, que puede ser reglamentario o mediante Circular de la Superintendencia de Banca y Seguros, que prevea los aspectos generales del contrato, su operatividad, así como los instrumentos y agentes que participan, con la finalidad de impulsar su aplicación.

8.- Ha de ser útil este trabajo de investigación para que en el ámbito académico se ponga sobre el tapete temas como éste para favorecer la investigación y el estudio, recurriendo a la doctrina, jurisprudencia e incluso a otras fuentes del Derecho, para lograr la adecuación de las normas jurídicas a los fenómenos sociales y económicos contemporáneos, cautelando, los valores protegidos por el Derecho como son la justicia, solidaridad y seguridad jurídica.

9.- Esta investigación pretende aportar a partir de un análisis detallado de un tema concreto como el de contratos innominados, dentro de los cuales se encuentra el contrato de Factoring, al enriquecimiento del Derecho y a llenar espacios que el desarrollo y la tecnología generan.

RECOMENDACIONES

1.- Se hace necesaria la difusión de las características y beneficios de la aplicación de un contrato de Factoring, que incluya la posibilidad de acceder a éste, y que involucre no solamente a los clientes finales o empresas comerciales, sino también a las entidades del sistema financiero, con beneficios económicos para todos los que participan de él.

2.- La Factura Conformada, que es el protagonista principal de un contrato de Factoring, pese a ser regulada por la Ley de Títulos Valores, tampoco es conocida por los diferentes agentes económicos, y admitimos que se trata de un título valor que contiene una alternativa de acceso al crédito o financiamiento que podría impulsar la economía local y regional, por lo tanto sugerimos una mayor divulgación de ésta y de sus beneficios.

3.- Proponemos que la norma que modifica la Ley de Títulos Valores, que incluye los servicios como parte del contenido de la Factura conformada, se corrija, ya que ésta se ha desnaturalizado, perdiendo la importancia que tenía, ya que como bien expresa el profesor Ricardo Beaumont Callirgos: "En el caso de la Factura conformada se ha preferido limitar su emisión a los casos de venta al crédito de bienes muebles y no extenderla a la prestación de servicios, ya que el mayor mérito de este título lo constituye la afectación en prenda de los bienes objeto de compra venta al crédito y para el caso de prestación de servicios con pago diferido resulta suficiente el uso de la Letra de Cambio o el Pagaré, al no existir bien qué afectar en garantía real" Queda claro entonces, que no se extendía al pago de servicios prestados al crédito, por la garantía prendaria.

4.- Proponemos la expedición de la regulación del contrato de Factoring, mediante una Circular de la Superintendencia de Banca y Seguros o similar, que contemple los aspectos generales del contrato, de tal manera que en principio, sea de conocimiento de los responsables del manejo crediticio en las instituciones financieras.

5.- Se requiere que juristas, jueces, operadores de justicia y en general los abogados, hagan un esfuerzo para adaptarse a nuevas realidades sociales y jurídicas, que requieren de destrezas distintas, en temas comerciales, financieros, idiomas, en nuevas tecnologías e informática; conceptos modernos que son

indispensables para la comprensión, interpretación y ejecución de estos novedosos negocios jurídicos.

6.-Sugerimos continuar con la investigación, que podría abarcar el ámbito regional o nacional para hacer un diagnóstico más completo y que podría orientar en la implementación de medidas que favorezcan la actividad económica de Arequipa y del país.



FUENTES DE INFORMACION

1.- Bibliografía

- 1.- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1980.
- 2.- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Contratos Modernos*, Gaceta Jurídica, Lima, 199, Tomo II.
- 3.- BARRIUZO RUIZ, Carlos, *Informática y Derecho*, Madrid, 1998.
- 4.- BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción M. Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- 5.- BLOSSIERS MAZZINI, Juan José, *Ley General del Sistema Financiero y de Seguros*, 1999, Grafica Horizonte, Lima.
- 6.- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1992.
- 7.- BRAVO MELGAR, Sydney Alex, *Contratos Atípicos e Innominados*, Ediciones Legales Iberoamericana, Lima, 2003.
- 8.- BRIZZIO, Claudia R., *Contratos Informáticos y contratos por medios informáticos*, en *Contratación Contemporánea*, Temis, Bogotá, 2001.
- 9.- CASTELLARES AGUILAR, Rolando, DIAZ ORTEGA, Enrique, ROCCA CARVAJAL, Lilian; VARGAS PIÑA, Julio. "El ABC del Mercado de Capitales", Centro de Estudios del Mercado de Capitales y Financiero, Lima, 1998.
- 10.- CASTILLO FREYRE, Mario, CESPEDES SUZUKI, Erika, *Características del Contrato Médico*, www.castillofreyre.com
- 11.- CASTILLO FREYRE, Mario, MARTIN HORNA, Pierre, *Tratado de la Teoría General de los Contratos*, Vol.XX, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP Fondo Editorial, 2006, Lima.
- 12.- CERINI, Silvana María, DE CASTRO, María Inés, *Nuevos Contratos Comerciales*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2006.

- 13.- COGORNO, Eduardo Guillermo, *Teoría y Técnica de los nuevos contratos comerciales*, Editorial Meru, Bs.As., 1979.
- 14.- COOTER, Robert & ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1998.
- 15.- CHANG HERNANDEZ, Guillermo A., *La interpretación de los Contratos*, Editorial Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2009.
- 16.- DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Angel, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997.
- 17.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003.
- 18.- DI PIETRO, Alfredo, *Notas las Institutas de Gaiurs*, Ed. Librería Jurídica, Buenos Aires.
- 19.- FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán, *La Ley General del Sistema Financiero y de Seguros*, Taller de Derecho de la Empresa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999.
- 20.- FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo I.
- 21.- GAMBINO, Alberto María, *L´accordo telematico*, Milán, 1997.
- 22.- GIRALDI, Pedro, *Introducción al estudio del Fideicomiso*, en Derecho Empresario actual, Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, 1996, Buenos Aires.
- 23.- GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Ámbito de Aplicación de las Normas Generales sobre Contratos. Los Contratos Atípicos, Código Civil Comentado*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007,
- 24.- GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Los contratos Atípicos, en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001.
- 25.- HULL, JOHN, *Options, Futures and other Derivative Securities*, Prentice Hall, New Jersey 1989.
- 26.- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales*, Palestra, 2001, Lima.

- 27.- MAYO DE GOYENECHÉ, Marie Claude, *Aspectos de Relevancia Jurídica en torno a la sociedad informatizada, Informática Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- 28.- MESSINEO, F., *Doctrina General de los Contratos*, T.I, EJE, Buenos Aires, 1986.
- 29.- MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando, *Derecho Comercial*, Tomo III, Grijley, Lima, 2006.
- 30.- MONCAYO RODRIGUEZ, Socorro, *La Consensualidad de los contratos en el Derecho Romano*, www.letrasjuridicas.com
- 31.- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1975.
- 32.- NUÑEZ PONCE, Julio, *Derecho Informático*, Lima, Editorial Marsol, 1996.
- 33.- OCAMPO DUQUE, Marcela, *Derecho e Informática*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Bogotá, 1987
- 34.- OSSORIO MORALES, Juan, *Lecciones de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos*, Editorial Comares, Granada, 1985.
- 35.- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, 1996.
- 36.- PIAGGI, Ana, *El Comercio Electrónico y el nuevo escenario de los Negocios*, en *Instituciones de Derecho Privado, Contratación Contemporánea*, Tomo II, Palestra, Lima, 2001.
- 37.- PINILLA CISNEROS, Antonio, *Los Contratos-Ley en la legislación peruana*, Universidad de Lima Fondo Editorial, Lima, 1999.
- 38.- PISANI, Osvaldo E., *Elementos de Derecho Comercial*, ASTREA, Buenos Aires, 2006.
- 39.- RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Edt. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1946.
- 40.- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios Fiduciarios*, Legis, Lima, 2008.
- 41.- ROPPO, Vincenzo, *El Contrato*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- 42.- SALINAS RIVAS, Sergio, *El Rol del Estado en la contratación privada a propósito del principio de protección del deudor en el Código Civil peruano, artículo en Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, UPC, 2001.

43.- SILVA-RUIZ, Pedro, *Contratos de Adhesión, Condiciones Contractuales Generales*, en *Instituciones de Derecho Privado, Contratación Contemporánea*, Tomo II, Palestra, Lima, 2001

44.- SIMON HOESMANN, Humberto, *Contratos Modernos de Distribución Comercial*, Lexis-Nexis, Lima, 2008.

45.- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Vol. I , Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975.

46.- TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima, 2002.

47.- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *En torno a los contratos electrónicos en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001.



HEMEROGRAFIA

- 1.- *Actualidad Jurídica*, marzo 2008, GARRIDO CORDOBERA, Lidia, "Algunos Aspectos de la Teoría del Contrato y las nuevas realidades", Gaceta Jurídica,.
- 2.- Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Contratación, Tomo IV, No.39, CARDENAS QUIRÓS, Carlos, "El Leasing o Arrendamiento Financiero," ASEDORANDINA, Lima.
- 3.- *Informática y Derecho*, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, No.4, 1994, ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos" en: p.1273-1298, ejemplar dedicado a II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Madrid.
- 4.- *Revista Internacional del Notariado*, Cap.VII, 1979. FARINA, José María, "Joint Ventures". Buenos Aires.
- 5.- *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, MORI CONDORI, Jesús, "Franchising" en:, p.106, Lima
- 6.- Ius Revista por 20 años de Ius et Veritas, Revista de los estudiantes de Derecho de la PUCP, julio 2009, Edición 38, BIANCA, MASSIMO, *Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho Privado Europeo*, en Lima Perú

INFORMATIGRAFIA

- 1.- www.castillofreyre.com
- 2.- www.e-camara.net/revista/2313/legal.htm
- 3.- <http://es.wikipedia.org/wiki>
- 4.- http://www.rodriquezvelarde.com.pe/articulos_46.htm
- 5.- <http://www.bn.com.pe/fideicomisos/fide-ex-cpt-busqueda.asp>
- 6.- http://www.deperu.com/notasdeprensa/index.php?subaction=showfull&id=1250900808&archive=&start_from=&ucat=15
- 7.- www.pactomundial.confiep.org.pe/facipub/upload

ANEXO 1

PROYECTO DE INVESTIGACION

CONTENIDO

Preámbulo

I PLANTEAMIENTO TEORICO

- 1.- Problema de Investigación
 - 1.1 Enunciado del Problema
 - 1.2 Descripción del Problema
 - 1.2.1 Área del conocimiento
 - 1.2.2 Análisis de variables
 - 1.2.3 Interrogantes básicas
 - 1.2.4 Tipo y nivel de investigación
 - 1.3 Justificación
- 2.- Marco Conceptual
- 3.- Antecedentes Investigativos
- 4.- Objetivos
- 5.- Hipótesis

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

- 1.- Técnicas e Instrumentos
- 2.- Campo de verificación
 - 2.1 Ubicación espacial
 - 2.2 Ubicación temporal

2.3 Universo, Unidades de Estudio y Muestra

3.- Estrategia de recolección de información

4.- Fuentes de Información

4.1 Bibliografía Básica

4.2 Hemerografía

4.3 Informatografía

Anexos: Instrumentos de Recolección de Información



PREAMBULO

La inquietud por investigar sobre este tema parte del ejercicio de la docencia, en la cual he constatado que comúnmente se trata como materia de estudio a los contratos innominados y atípicos como si se trataran de lo mismo, sin embargo existe una diferencia que justamente trata de rescatar el presente trabajo de investigación, y al respecto existen un par de teorías para distinguir estos dos tipos de contratos, ya sea por la especialidad o también por su ubicación dentro de la legislación peruana.

Es también motivación para la presente investigación, el estudio de los denominados contratos innominados, atípicos o modernos, esto debido a que no se encuentran regulados en nuestra legislación, o en algunos casos, regulados de manera parcial; de tal manera que deja muchos vacíos que luego son sustituidos por normas aplicables a otras realidades de las cuales han sido recogidos. Tampoco se ha hecho una clasificación de ellos, por lo que este trabajo busca también clasificarlos.

Lo cierto es que estos contratos se encuentran muy dispersos en el Perú, y en el año 2008 continúan denominándose innominados, sin estar regulados adecuadamente, dejando muchas aristas aún por resolver, lo cual constituye un reto para esta investigación y es ahí donde radica su riqueza e importancia.

Por otro lado, de estos contratos, pretendemos tomar el contrato de Factoring, y su aplicación en la ciudad de Arequipa en el año 2008, para de esta manera determinar si se trata de un contrato aplicado adecuadamente, su incidencia en la ciudad, ya que son

incuestionables sus beneficios para los que lo celebran y en general para la economía de la región. El presente trabajo de investigación cuenta con un Planteamiento Teórico, Operacional y Anexos que complementan el estudio.



PLANTEAMIENTO TEORICO

1.- Problema de Investigación

1.1 Enunciado del Problema

Los contratos Innominados en el Perú: Caso Factoring en Arequipa en el 2008-2009.

1.2 Descripción del problema

1.2.1 Área del conocimiento

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

Campo: Ciencias Jurídicas

Área: Derecho Empresarial

Línea: Contratos

1.2.2 Análisis de variables e Indicadores

Variable Unica: Los contratos innominados en el Perú:
Caso Factoring en Arequipa en el 2008-2009.

Indicadores:

- Definición de contratos innominados

- Diferencia con los contratos atípicos
- Legislación aplicable
- Sub-indicador: Antecedentes
- Legislación en el Perú en el 2008 y 2009
- Vacíos legales
- Caso Factoring en Arequipa
- Sub-indicador: Incidencia del contrato de Factoring en Arequipa.
- Relevancia del contrato de Factoring en Arequipa en el 2008-2009.

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
Variable Única	Los contratos Innominados en el Perú : Caso Factoring en Arequipa en el 2008-2009	.Definición de contratos innominados . . Diferencia con los contratos atípicos . Contratos	

		<p>innominados más comunes en el Perú</p> <ul style="list-style-type: none"> . Normas aplicables . Vacíos Legales . Caso Factoring en Arequipa 	<ul style="list-style-type: none"> . Antecedentes Legislativos. . Legislación en el Perú. . Incidencia del contrato de Factoring en Arequipa en el 2008-2009. . Relevancia del contrato de Factoring. en Arequipa.
--	--	---	--

1.2.3 Interrogantes Básicas

¿Cuáles son los contratos innominados?

¿Cuál es la diferencia con los contratos atípicos?

¿Qué es atipicidad?

¿Cuál es la función económica de estos contratos?

¿Cuáles son los contratos innominados más comunes en el Perú?

¿Cuál es la regulación legislativa en el Perú, de los contratos innominados?

¿Cuál es la incidencia del Contrato de Factoring en Arequipa?

¿Cuál es la relevancia del contrato de Factoring?

1.2.4 Tipo y Nivel de Investigación

Por su finalidad: Aplicada

Por el nivel de profundización: descriptiva, explicativa

Por el ámbito: Documental

Por el tiempo: Longitudinal o diacrónica

Por su carácter: Cualitativa

Por el enfoque: Especializado

1.3 Justificación

Se trata de una investigación **importante** porque plantea la idea de reunir a todos los contratos innominados, recopilándolos y reuniendo información.

Novedosa y eminentemente jurídica, específicamente del ámbito del Derecho Empresarial, de la búsqueda efectuada no existe un trabajo idéntico, aunque tal vez otro parecido que toma el mismo tema pero es tratado parcialmente o desarrolla específicamente uno de los contratos innominados.

Es un tema **actual** porque su vigencia está en el día a día de aquellos que desarrollan el área del Derecho Empresarial.

También es **verificable** porque existe información, así como legislación al respecto; sin embargo, ésta se encuentra muy dispersa, generando confusión en algunos casos.

Se trata de un tema **útil** para el académico, porque en primer lugar aclara la diferencia entre contratos atípicos y contratos innominados que por lo general son considerados como si se trataran de lo mismo, de otro lado, podremos tener idea de cuál es la incidencia de los contratos de Factoring en Arequipa y cuál es su relevancia para la economía de la ciudad y del país.

2.- Marco Conceptual o Teórico

Para la realización de la presente investigación, es conveniente tener en claro los principales conceptos o términos que se han de emplear a través de la investigación, siendo los principales, los siguientes:

- **Contratos innominados**

El Dr. Mario Castillo Freyre, en su artículo sobre Características del contrato Médico, hace referencia a las ilustrativas expresiones del Dr. Manuel De la Puente y Lavalle en su obra El Contrato en General, I Parte, tal como él señala y esto en relación a los contratos innominados: "Considera que un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato "nominado", entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho Romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una *actio homónima*.

La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código Civil francés, cuyo artículo 1107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Algo similar sucede con el Código Civil Italiano de 1865.

Es el Código Civil Italiano de 1942 el que introduce el cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden "concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina en

particular". Se introduce así la denominación legislativa de contrato "Típico".

Bibliografía

- 1.- CARDENAS QUIROS, Carlos, El Leasing o Arrendamiento Financiero, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Tomo IV- Contratación, No.39, Lima, 2004.
- 2.- FARINA, Juan, Contratos comerciales Modernos, Astrea, Buenos Aires, 2005.

INFORMATOGRAFIA

- 1.- CASTILLO FREYRE, Mario; CESPEDES SUZUKI, Erika, Características del Contrato Médico, Estudio CastilloFreyre. com

- **Tipicidad**

Piensa Constanza que esta nueva fórmula en el lenguaje legislativo paga el precio de la originalidad al incurrir en una cierta oscuridad terminológica. La expresión "contrato atípico" como opuesta a la de contrato típico, es muy comprometedora, pues depende, sobretodo, de la multiplicidad de significados que tener el término "tipo". Este es un vocablo prestado del lenguaje de la lógica y usado prevalentemente en las ciencias naturales y sociales. No se tiene en cuenta que, para hablar de tipos contractuales y de contratos típicos y atípicos, es necesario sobre todo una toma de posición, a fin de evitar equivocaciones y malentendidos en orden al significado del término en cuestión.

Por otra parte, SACCO, considera que el cambio de terminología es poco feliz, pues la doctrina ha acabado hace tiempo de referirse a la idea de la "tipicidad" como

característica de la función que se eleva a causa del negocio jurídico, hablar de tipicidad de los contratos puede hacer creer que la asonancia de la palabra trae consigo un paralelismo de conceptos.

Otros aducen que el contrato que no tiene nombre depende a su vez del hecho de que el contrato no está sujeto a una disciplina propia. Esto para Messineo significa que tener un nombre en el sistema de la ley no basta, por sí solo, para hacer de determinado contrato un contrato nominado, ya que hay numerosos contratos que, previstos pero no disciplinados por la ley, son innominados, en sentido técnico, y no ya nominados, por más que tengan un nombre en la ley.

Bibliografía

- 1.- BEAUMONT, Ricardo: *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Studium. Lima, 2000.
- 2.- JIMENEZ, Roxana, *Instituciones de Derecho Privado – Contratación Contemporánea*, Edit. Jurista, Lima, 2002, p.47-56

- **Contratos innominados y su adaptación a la realidad económica actual**

Los modelos contractuales típicos tienen actualmente un uso limitado y han disminuido considerablemente en la actividad económica que se organiza en base a criterios distintos a los previstos en las leyes. De esta manera el orden que ideó el legislador, tan detallista y rígida,²⁰⁸ ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, motivados especialmente por el desarrollo

²⁰⁸ LORENZETTI, Op.cit.p.23

económico de hoy. Así también la disolución de las fronteras entre lo civil y lo comercial, atentan contra la clasificación que utilizan los Códigos Civiles, proponiendo un orden distinto del existente.²⁰⁹

Si tomamos como referencia el hecho de que un contrato nominado es aquél que tiene un *nomen juris* o que sin tenerlo, sus características encajan en alguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador²¹⁰, en nuestro caso, por el Código Civil; entonces podríamos concluir en que los contratos innominados son aquellos a los que la ley no los designa con una denominación especial y obviamente tampoco se encuadran en un tipo de contrato específico.

Aparece la celebración masiva de acuerdos que dan lugar a contratos más complejos que a su vez comprenden dentro de ellos sub-contratos o contratos conexos, todos interrelacionados que tienen objetivos económicos que no se logran con acuerdos individuales, sino más bien por varios utilizados estratégicamente en función de un negocio común. Tal es el caso del contrato de *Franchising* o *Franquicia*, que comprende acuerdos adicionales al principal, como de suministro, compra-venta, licencia, transferencia de Know how y otros. En todos estos contratos la finalidad es evidentemente económica.

²⁰⁹ Han proliferado los vínculos atípicos y la tipicidad social. Surgieron combinaciones de elementos de distintos tipos legales, nuevas formas, contratos que cumplen varias funciones, al punto tal que cabría pensar en que la excepción se ha convertido en regla. LORENZETTI, Ricardo Luis, Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales, Palestra, 2001, Lima. p.23

²¹⁰ OSSORIO MORALES, Juan, Lecciones de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos, Editorial Comares, Granada, 1985, p.185

Para Lorenzetti, se ha producido una especie de crisis de tipicidad que es normal en un periodo de mutaciones sociales como el que vivimos y se expande a todo el Derecho Privado. No olvidemos que el contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas y que lo típico se convierta en una limitación para el desarrollo de estos agentes económicos que se caracterizan por su celeridad.

En la cultura anglosajona, no se concibe que los tipos de contratos sean un asunto que pueda determinar el legislador, sino que surgen de la multiplicidad de decisiones emanadas de la autonomía privada, contrariamente a la cultura jurídica ítalo-franco-germana²¹¹ en la cual hay una fuerte noción de tipo contractual; en los Códigos Civiles que nacieron como inspiración del Código Napoleónico, fue común que se pensara en establecer los distintos aspectos de un contrato, de modo que las partes sólo tuvieran que optar por una tipología determinada.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que el gran aporte en cuanto a modalidades contractuales variadas, que comprenden al interior de éstas, otras variedades, dando lugar a una serie de combinaciones de contratos y acuerdos que movilizan los diferentes agentes económicos, son tomados justamente, de la legislación sajona, como los contratos de Factoring, Fideicomiso, Outsourcing, Franchising, Underwriting, Swaps, Sponsorships, por mencionar algunos.

²¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales, Palestra, 2001, Lima. p.25

Citando nuevamente a Emilio Betti²¹², esta vez por Lorenzetti,²¹³ en su Teoría General del Negocio Jurídico, señala que los contratos tienen una función **socialmente trascendente**, en forma independiente de lo que los individuos quieran.²¹⁴ Esto, para dar una explicación de la finalidad económico social del negocio, lo que constituiría la razón **económico-jurídica o práctico-social**.

BIBLIOGRAFIA:

1. - COOTER, Robert & ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1998
- 2.- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003.
- 3.- DI PIETRO, Alfredo, *Notas las Institutas de Gaiurs*, Ed. Librería Jurídica, Buenos Aires.
- 4.- FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán, *La Ley General del Sistema Financiero y de Seguros*, Taller de Derecho de la Empresa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999.
- 5.- FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo I,

²¹² BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Traducción M.Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. p.144

²¹³ LORENZETTI, Op.Cit. p.27

²¹⁴ En razón de ello desarrolló lo que autores posteriores denominaron noción de causa objetiva, o finalidad económico social del negocio. Ella sería la razón económico-jurídica o práctico-social.

- **Normas Aplicables a los contratos atípicos o innominados**

Si bien algunos contratos innominados datan de legislaciones dispersas a lo largo de algunos años, otros son recientes y algunos ni siquiera han sido tratados legislativamente en forma seria. Pasaremos a la revisión de algunos textos legales que recogen algunos de los aspectos referidos a estos contratos.

- **Antecedentes Legislativos**
- **Vacíos Legales**

Bibliografía consultada

- 1.- BEAUMONT, Ricardo: *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Studium. Lima, 2000.
- 2.- FLORES, Pedro, *Nuevo Derecho Societario Peruano*, Fondo Editorial, 2002
- 3.- JIMENEZ, Roxana, *Instituciones de Derecho Privado – Contratación Contemporánea*, Jurista, 2002

- **Algunos Contratos Innominados más comunes en el Perú**

- **Fideicomiso**

La Ley 26702 lo regula y define como una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

Se trata de un contrato mercantil, mediante el cual se realiza un negocio jurídico en virtud del cual una persona denominada fideicomitente transfiere uno o más bienes y/o derechos a otra persona ya sea por mortis causa o acto intervivos con el encargo específico para aquella, de administrarlos diligentemente o enajenarlos de acuerdo al contenido específico del convenio pero a favor de un beneficiario que en la eventualidad el caso podría ser el mismo enajenante. Hundskopf afirma que el fideicomiso es un contrato en el cual se produce la transferencia de un bien, a la cual se le adiciona un encargo, una gestión.

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

Bibliografía

- 1.- LAROZA, Elías, *Derecho Societario Peruano*, Omni, 2002.
- 2.- MONTROYA, Alberto, *Derecho Comercial III*, Grijley, 2006.
- 3.- BRAVO, J. *Contratos Modernos Empresariales*, FECAT, 1997.
- 4.- BULLARD, Alfredo, *La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1993.

5.- INSTITUTO DE PERUANO DE DERECHO MERCANTIL, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Derecho Societario, Gaceta Jurídica, 2005.

6.- RODRIGUEZ, Javier, *Contratos Modernos*, Arequipa, 1999.

- **Leasing**

El Leasing o Arrendamiento Financiero se regula por el D. Leg. 299. Puede definirse como una nueva fórmula de financiación de equipamiento de las empresas, mediante la cual éstas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de leasing, a cuyo fin ésta adquiere la propiedad del bien, sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de un tiempo a dicha propiedad o continuar en el uso del bien.

De acuerdo a la legislación vigente, el leasing debe celebrarse mediante Escritura Pública, la cual podrá inscribirse a pedido de la locadora en la ficha o partida en la que se encuentra inscrita la arrendataria.

BIBLIOGRAFIA

1.- LAROZA, Elías, *Derecho Societario Peruano*, Omni, 2002

2.- MONTOYA, Alberto, *Derecho Comercial III*, Grijley, 2006.

3.- BRAVO, J. *Contratos Modernos Empresariales*, FECAT, 1997.

4.- BULLARD, Alfredo, *La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1993.

5.- INSTITUTO DE PERUANO DE DERECHO MERCANTIL, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Derecho Societario, Gaceta Jurídica, 2005.

6.- RODRIGUEZ, Javier, *Contratos Modernos*, Arequipa, 1999.

- **Underwriting**
- **Derivados**
- **El contrato de Factoring**

Con el nombre de factors se llamaba en Inglaterra a los comerciantes que se enviaban a Estados Unidos a conquistar mercado americano. Se solía encargar a un factor residente en las colonias, la venta de mercaderías a clientes solventes para obtener un mayor beneficio. La expansión de su funcionalidad y los beneficios que obtenían posibilitaron que comenzaran a financiar las operaciones con préstamos, anticipando los pagos a sus comitentes.

Se ha preferido conservar su denominación inglesa, por no encontrar una denominación apropiada en español.

En Perú a partir del D. Leg. 469 se permitió a las empresas bancarias y financieras la posibilidad de negociar facturas.

Se conceptúa a la **Factura conformada** como el título valor que representa bienes entregados y no pagados, suscrita por el deudor en señal de conformidad en cuanto a la entrega de los bienes allí precisados, su valor y la fecha de pago de la factura. Regulada por la Ley de Títulos Valores No.27287 se origina en la compra venta u

otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de mercaderías, o en la prestación de servicios, en las que se acuerde el pago diferido del precio o de la contraprestación del servicio.

El contrato de Factoring, según Adriana Guidice, se puede definir como un contrato en virtud del cual una empresa bancaria, financiera o empresa (factor) se obliga frente a una empresa (cliente) para adquirir los créditos que éste tiene, asumiendo el riesgo y obligándose a prestarle servicios relacionados con la emisión misma de las facturas, los títulos valores a que haya lugar, el manejo de los registros contables, la investigación comercial de la clientela e incluso la cobranza judicial o extrajudicial de créditos aún no cedidos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- LAROZA, Elías, *Derecho Societario Peruano*, Omni, 2002.
- 2.- MONTOYA, Alberto, *Derecho Comercial I*, Grijley, 2006.
- 3.- BRAVO, J. *Contratos Modernos Empresariales*, FECAT, 1997.
- 4.- BULLARD, Alfredo, *La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1993.
- 5.- INSTITUTO DE PERUANO DE DERECHO MERCANTIL, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Derecho Societario, Gaceta Jurídica, 2005.
- 6.- RODRIGUEZ, Javier, *Contratos Modernos*, Arequipa, 1999.

- **Incidencia del contrato de Factoring en Arequipa en el 2008 y 2009.**
- **Relevancia económica para Arequipa y el Perú a partir del contrato de Factoring.**

3.- Antecedentes Investigativos

Hasta el momento no se ha encontrado antecedentes investigativos idénticos, más bien sí, algunos trabajos con temas similares, pero que enfocan el tema de modo parcial o con perspectivas diferentes.

4.- Objetivos

4.1 Genérico:

- Establecer cuáles son los contratos innominados y la diferencia con los contratos atípicos o denominados también contratos modernos.
- Conocer cuál es la incidencia y relevancia económica para Arequipa del contrato de Factoring en el año 2008-2009.

4.2 Específicos:

- Investigar cuáles son los contratos innominados más comunes.
- Investigar cuál es el tratamiento legal en nuestro país, de estos contratos.

- Determinar la incidencia de los contratos de Factoring en Arequipa en el año 2008 y 2009.
- Determinar la relevancia económica de estos contratos para Arequipa y el país.

5.- Hipótesis

5.1 Principio o supuesto de experiencia:

5.1.1 Teniendo en cuenta que:

- a) Los contratos innominados están legislados de manera muy dispersa y con muchos vacíos legales
- b) Los contratos innominados suelen confundirse con los contratos atípicos.
- c) El contrato de Factoring en la ciudad de Arequipa tiene una incidencia y relevancia económica que se desconoce.

5.2 Hipótesis: Es probable que:

5.2.1 Los contratos Innominados en el Perú, no hayan sido legislados adecuadamente y tampoco se han establecido sus diferencias claramente.

5.2.2 El contrato de Factoring tenga una incidencia y relevancia importante para Arequipa.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB- INDICADORES	Técnicas	Instrumentos
Variable Unica	Los contratos Innominados en el Perú	<ul style="list-style-type: none"> .Definición de contratos innominados . Diferencia con los contratos atípicos . Contratos Innominados más comunes en el Perú . Legislación aplicable. . Vacíos Legales . Caso Factoring en Arequipa en el año 2008 	<ul style="list-style-type: none"> . Antecedentes Legislativos. . Legislación aplicable en el Perú .Incidencia del contrato de 	<ul style="list-style-type: none"> Revisión documental Libros Revisión de libros Revisión de Libros Revisión de Normas Legales. Revisión de Normas Legales. Revisión documental 	<ul style="list-style-type: none"> Fichas bibliográficas Fichas bibliográficas Fichas bibliográficas Fichas bibliográficas y documentales Fichas documentales

			Factoring en Arequipa en el 2008-2009 . Relevancia del contrato de Factoring en Arequipa.	Revisión documental	Fichas documentales
--	--	--	---	---------------------	---------------------

1.- TECNICAS E INSTRUMENTOS

- a) Para la variable Única: Los contratos innominados en el Perú: Caso Factoring en Arequipa en el 2008, se emplearán las siguientes técnicas e instrumentos:

TECNICAS	INSTRUMENTOS
Revisión Documental y Libros	Fichas bibliográficas Fichas documentales

2.- CAMPO DE VERIFICACION

2.1 UBICACIÓN ESPACIAL.-

La investigación, por su naturaleza, comprende el ámbito nacional y local.

2.2 UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca el año 2008 y 2009.

2.3 UNIDADES DE ESTUDIO: UNIVERSO Y MUESTRA

Para la investigación documental, las unidades de estudio se encuentran constituidas por la bibliografía así como los dispositivos legales en materia contractual o de Derecho Empresarial, que se encuentran en las fuentes:

- 2.3.1** Textos que contienen conceptos, doctrina, comentarios
- 2.3.2** Dispositivos normativos de distinto nivel y jerarquía dentro del Derecho Empresarial, Contractual, Código Civil.

Por tratarse de una investigación documental no es necesario determinar una muestra.

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCION DE INFORMACION.-

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de dos colaboradores, estudiantes del programa de Derecho, recopilando información documental y dispositivos legales en materia contractual y de Derecho Empresarial que abarquen los aspectos relativos a los Contratos Innominados, que se encuentran en las Bibliotecas de la Universidad Católica Santa María, de la Universidad Católica San Pablo, del Colegio de Abogados y otras bibliotecas especializadas, así como información obtenida de Internet, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales donde se consignarán los datos.

Así también se tomará información de la Superintendencia de Banca y Seguros y/o de instituciones financieras que participan del contrato de Factoring para determinar su relevancia local.

3.1 MODO

Se realizará por el propio investigador la búsqueda de la bibliografía jurídica pertinente en las Bibliotecas especializadas de la ciudad, de las diferentes universidades y del Colegio de Abogados, a efecto de conseguir la información legislativa y teórica, que será consignada en fichas bibliográficas y documentales.

Se recogerá información de instituciones como la Superintendencia de Banca y Seguros, así como de algunas instituciones financieras, a fin de determinar la incidencia del contrato de Factoring en Arequipa.

El investigador revisará las diferentes fichas elaboradas en la recolección de información para ir las consignando en forma ordenada dentro del trabajo de investigación. Si éstas se encuentran en permanente flujo, es normal.

3.2 MEDIOS

a) Recursos Humanos

DENOMINACION	No.	Costo Diario	Días	Costo total
Dirección de proyecto y ejecución	1	20.-	100	2,000
Colaboradores	2	20.-	100	2,000
Digitador y Diagramador de gráficos	1	20.-	100	2,000
Total	4	60.-		6,000.-

b) Recursos Materiales y Bienes y Servicios

DENOMINACION	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond	3000	57.00
Fichas bibliográficas	1000	130.00
Cartucho tinta impresora	3	750.00
Fotocopias	500	45.00
Anillados	06	40.00

Impresiones a color	50	75.00
Uso de computadora	1	100.00
Internet	1	100.00
Movilidad	Varias	200.00
TOTAL		1,497.-

C) Costo Total del Proyecto y Ejecución de Investigación

DENOMINACION	COSTO TOTAL
- Recursos humanos	5,500
- Recursos materiales	1,497
COSTO TOTAL GENERAL	6,997.-

3.3 CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES	JUL 09	AGO 09	SET 09	OCT 09	NOV 09	DIC 10	EN 10	FEB 10	MAR 10
Preparación del proyecto	XX								
Aprobación del proyecto		XX							
Recolección de información			XX	XX	XX	XX			
Análisis y Sistematización de Datos					XX	XX	XX		
Conclusiones y Sugerencias							XX		
Preparación del informe								XX	
Presentación del Informe Final									XX

4.- FUENTES DE INFORMACION

4.1 BIBLIOGRAFIA BASICA

BEAUMONT, Ricardo: *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Studium, Lima, 2000.

CARDENAS QUIROS, Carlos, *El Leasing o Arrendamiento Financiero*, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Tomo IV- Contratación, No.39, Lima, 2004.

LAROZA, Elías, *Derecho Societario Peruano*, Omni, Lima, 2002.

MONTOYA, Alberto, *Derecho Comercial I*, Grijley, Lima, 2006.

BRAVO, J. *Contratos Modernos Empresariales*, FECAT, 1997, p.65-68

BULLARD, Alfredo, *La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1993.

INSTITUTO DE PERUANO DE DERECHO MERCANTIL, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Derecho Societario, Gaceta Jurídica, 2005.

RODRIGUEZ, Javier, *Contratos Modernos*, Arequipa, 1999.

FLORES, Pedro, *Nuevo Derecho Societario Peruano*, Fondo Editorial, 2002

JIMENEZ, Roxana, *Instituciones de Derecho Privado* –

Contratación Contemporánea, Jurista, 2002

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción M. Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003.

CASTILLO FREYRE, Mario, CESPEDES SUZUKI, Erika, *Características del Contrato Médico*, www.castillofreyre.com

MONCAYO RODRIGUEZ, Socorro, *La Consensualidad de los contratos en el Derecho Romano*, www.letrasjuridicas.com

GIRALDI, Pedro, *Introducción al estudio del Fideicomiso*, en *Derecho Empresario actual*, Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, 1996, Buenos Aires.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Ámbito de Aplicación de las Normas Generales sobre Contratos. Los Contratos Atípicos, Código Civil Comentado*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007,

SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Vol. I, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975,

OSSORIO MORALES, Juan, *Lecciones de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos*, Editorial Comares, Granada, 1985.

FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo I.

LORENZETTI, Ricardo Luis, Derecho Contractual – Nuevas formas contractuales, Palestra, 2001, Lima.

MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando, *Derecho Comercial*, Tomo III, Grijley, Lima, 2006.

BRAVO MELGAR, Sydney Alex, *Contratos Atípicos e Innominados*, Ediciones Iberoamericana, Lima, 2003.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Contratos Modernos*, Gaceta Jurídica, Tomo II.

CASTELLARES AGUILAR, Rolando, DIAZ ORTEGA, Enrique, ROCCA CARVAJAL, Lilian; VARGAS PIÑA, Julio. "El ABC del Mercado de Capitales", Centro de Estudios del Mercado de Capitales y Financiero, Lima, 1998.

HULL, JOHN, *Options, Futures and other Derivative Securities*, Prentice Hall, New Jersey 1989.

ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil", T. II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1980.

TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima, 2002, p.118

HEMEROGRAFIA

Actualidad Jurídica, GARRIDO CORDOBERA, Lidia, Algunos Aspectos de la Teoría del Contrato y las nuevas realidades, Gaceta Jurídica, marzo 2008.

Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Contratación, Tomo IV,
No.39, CARDENAS QUIRÓS, Carlos, El Leasing o Arrendamiento
Financiero, , ASEDORANDINA, Lima.

Revista Columnas, Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taimán y
Luna Victoria Abogados, Lima, febrero 2008.

INFORMATIGRAFIA

www.castillofreyre.com

www.e-camara.net/revista/2313/legal.htm

<http://es.wikipedia.org/wiki>

www.contratosinnominados.com

www.teleley.com.pe



ANEXO 1

Ficha Bibliográfica

Nombre del autor:
Título del Libro:
Editorial, Lugar y Año:
Nombre de la biblioteca: Código:

ANEXO 2

Ficha Documental

Nombre del autor:
Indicador:
Título:
Identificación del Documento:
Fecha:
Comentario o Cita:



ANEXO 3

Ficha Documental

Indicador:
Marco Normativo:
Libro/Título: Artículo: Comentario:
Observación:

**LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN EL PERU, CASO
FACTORING EN AREQUIPA EN EL 2008-2009**

Índice

Preámbulo

Resumen

Capítulo I

Contratos Innominados

1.- Contratos Innominados

1.1 Tipicidad

1.2 Diferencias entre contratos innominados y atípicos

1.3 Contratos innominados y su adaptación a la realidad económica actual

2.- Normas aplicables a contratos atípicos e innominados

2.1 Antecedentes Legislativos

2.2 Vacíos Legales

Capítulo II

Algunos Contratos Innominados

1.- Algunos contratos Innominados

1.1 Fideicomiso

1.2 Leasing

1.3 Underwriting

- 1.4 Derivados
 - 1.4.1 Forward
 - 1.4.2 Contratos de futuros
 - 1.4.3 Contrato de opción
 - 1.4.4 Swaps
- 1.5 Commodities
- 1.6 Outsourcing
- 1.7 Management
- 1.8 Contratos electrónicos
- 1.9 Contratos informáticos
- 1.10 Contratos de sponsorización

Capítulo III

Contrato de Factoring en Arequipa

- 1.- El contrato de Factoring
 - 1.1 Operatividad
 - 1.2 Incidencia del contrato de Factoring en Arequipa en el año 2008-2009
 - 1.3 Relevancia económica para Arequipa y el Perú a partir del Contrato de Factoring.

Conclusiones

Recomendaciones

Bibliografía

Hemerografía

Informatigrafía