

APUNTES SOBRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS O INNOMINADOS

Máximo Ugarte Vega-Centeno*

E-mail: mugartev@yahoo.com

RESUMEN

Es de señalar, en primer lugar, que el presente trabajo lo dividimos en dos partes. La primera fue publicada en la Revista Gestión en el Tercer Milenio N° 25 y en esta edición N° 26 presentamos la segunda parte de “Apuntes sobre los Contratos Atípicos o Innominados”. En la actualidad vivimos tiempos modernos y los cambios son vertiginosos, motivados fundamentalmente por la globalización mundial que nos ha traído nuevos conceptos principalmente por la información, el conocimiento y la tecnología que son compartidos ampliamente. Cada vez estaremos más interconectados por las tecnologías innovadoras, la ampliación de mercados y las comunicaciones que generan inevitablemente cambios en el estilo de vida de las personas y, como consecuencia en sus relaciones. Estos hechos generan paralelamente el surgimiento de nuevos vínculos contractuales que no están dentro de los Códigos o escritos jurídicos tradicionales. El derecho no puede estar al margen de la regulación de estas nuevas figuras jurídicas contractuales que regulen esas relaciones; por lo tanto, la importancia y necesidad de utilización de estos contratos atípicos o innominados es una realidad y su uso se ha masificado. En estos contratos en la actualidad, muchas veces son más seguros que otros contratos, ya que no se petrifica en sus formas sin que, al contrario, está en constante evolución por el dinamismo de la economía y el comercio que genera creatividad para la solución de los problemas jurídicos contractuales. En ese sentido desarrollaremos los contratos del fideicomiso, Joint Venture y el Underwriting que son contratos Atípicos y son producto de dos cosas: o bien son mera invención de las partes donde dos sujetos se ponen de acuerdo y hacen un contrato que nunca había sido antes ni será después de ese contrato, o bien son mezclas de contratos que ya estaban contemplados o regulados en leyes o en códigos.

Palabras clave: Contratos Atípicos o Innominados.

* Abogado, Magister en Estudios Europeos por la Universidad Autónoma de Barcelona - España, Doctor en Estudios Internacionales Universidad de Córdoba – España.

ABSTRACT

It should be noted first that this work is divided into two parts, the first was published in this magazine in issue 25 and in this issue N ° 26 present the second part of "Notes on atypical contracts or Unnamed" . Today we live in modern times and changes are fast-paced, motivated primarily by the globalization that has brought us new concepts primarily for the information, knowledge and technology that will be shared widely and increasingly we are more interconnected by innovative technologies, expansion of markets and communications inevitably generate lifestyle changes of people and as a result of their relationships. These events generate parallel the emergence of new contractual links that are not within the traditional legal codes or written. The law can not be outside the regulation of these new legal contract governing these relations, hence its importance and necessity of use of such atypical contracts or unnamed is a reality and its use has become commoditized. In these contracts innominate or atypical today often comes to be safer than other contracts, and not petrified in its forms, but instead is constantly evolving by the dynamism of the economy and trade that generates creativity the resolution of contractual legal issues in this regard develop trust contracts, Joint Venture and Atypical Underwriting which are contracts and are the product of two things: Either they are mere invention of the parts where two men agree and make a contract that had never been before or will be after the contract or contracts are typically mixtures already listed or regulated by laws or codes.

Keywords: *Nameless or Atypical Contracts.*

INTRODUCCIÓN

Como ya señalamos en la edición anterior, los avances tecnológicos, la globalización y la liberación de mercados han contribuido decisivamente al surgimiento de nuevas formas de comercialización que se han hecho posible gracias a los nuevos contratos, gran parte de los cuales no se encuentran legislados. Entiéndase esto no como una anomalía del derecho o que el derecho vaya a la zaga de la realidad; simplemente son los cambios y las exigencias del mercado competitivo que han generado el surgimiento de nuevas formas contractuales apoyadas básicamente en la autonomía de la voluntad; es decir, en aquella facultad que tiene el individuo para auto: regular sus relaciones y, de esta manera, cubrir cualquier omisión o atraso de ley.

En nuestro medio los contratos innominados cada vez se van divulgando más y por tanto se van aplicando con mayor frecuencia en tanto el surgimiento empresarial es más activo, aunque todavía existen rezagos de desconfianza en relación a estos conceptos nuevos no legislados con precisión, que muchas veces hacen surgir la duda y que dificultan la negociación mediante ellos.

Para comprender mejor estos contratos, primero desarrollaremos algunas definiciones de la empresa como centro de actividad comercial. En este punto conviene destacar el rol de la empresa

y la autonomía de la voluntad en ellos presente, para luego desarrollar los contratos de Fideicomiso, *Joint Venture* y *Underwriting*.

La definición de empresa es muy amplia, sin embargo existen distintas definiciones, entre estas tenemos la del profesor Ulises Montoya quien indica desde el punto de vista económico que:

*"... la empresa es la organización de los factores de producción, capital y trabajo, con el fin de obtener una utilidad. Destacan dentro de este concepto el elemento subjetivo; es decir, la actividad humana que confiere unidad de trabajo de determinadas personas y bienes de variada índole dirigidos hacia un común destino económico"*¹.

Hasta la fecha no se ha logrado elaborar un concepto jurídico que refleje la unidad económica de la empresa como organismo vivo en el que se integren sus elementos constitutivos, que no solo están ligados por vínculos de finalidad; esto ha impedido que el derecho positivo los recoja en fórmulas legales de manera orgánica y sistemática como actividades de la economía. De esta manera, para el ordenamiento jurídico, la empresa es solamente un conjunto heterogéneo de diversos elementos, sujetos cada uno a las normas que a su naturaleza corresponde como bienes-mueble o inmuebles, derechos y acciones, elementos incorpóreos, contratos, suministros, clientela, entre

1 Ver Montoya Manfredi, Ulises. (1988a). Pág.89; asimismo véanse Ulises Montoya, Alberti. (1988b); así también Montoya Alberti, Ulises y Montoya Alberti, Hernando. (1988).

otros, pese a la voluntad presunta del titular de la empresa que pretende crear un nuevo objeto de derecho fusionando tales elementos en una unidad orgánica.

Desde el punto de vista jurídico se puede definir a la empresa como una organización jurídica con fines de lucro, constituida según las normas legales vigentes. El derecho empresarial tiene como objetivo satisfacer las necesidades del mercado, empleando para ello los recursos humanos y materiales; en ese contexto, de un lado, se puede definir al empresario como aquella personas que tienen iniciativas para tomar decisiones como fundadores, administradores y/o propietarios de un negocio que descubren necesidades en el mercado, proyectando nuevas ideas para satisfacer y cubrir las necesidades de los consumidores en el mercado. Por otro lado, es importante definir qué es ser empresario y qué es ser emprendedor. A nuestro criterio el emprendedor es el que crea una nueva actividad económica de acuerdo a las necesidades del mercado y el empresario las ejecuta o puede ser viceversa, lo que sí está demostrado es que un empresario puede ser emprendedor o un emprendedor, empresario

Como bien sabemos y la doctrina lo afirma, la actividad económica en general es el resultado de la actividad de numerosas unidades o células económicas, cada una de las cuales cumplen actividades específicas; sin embargo, existe un elemento subjetivo fundamental que es la actividad organizadora desarrollada por una persona natural o jurídica, que impulsa inicialmente y que es su promotora y, al mismo tiempo, su principal responsable, y que actúa en todas las relaciones jurídicas emergentes de dicha actividad empresarial. En ese sentido el empresario -como titular de la empresa- es quien organiza el trabajo ajeno y ejerce una actividad coordinadora continuada y sistemática con habitualidad y profesionalidad, encaminada hacia un objetivo de ganancia o beneficio. Según Coase², la empresa como modo alternativo de llevar a cabo la producción y, en su caso, la comercialización, surge cuando resulta más eficiente organizar una empresa que realizar las operaciones mediante transacciones, pues sus costos son más altos. De este modo surgen las siguientes preguntas: ¿por qué existen las empresas?, ¿es que las empresas existen a causa de los

costos de transacción, esto es, de los costos de organizar la producción mediante transacciones en el mercado³?

Bajo ese contexto, para entender los contratos de estos tiempos, es indispensable reconocer el rol de la autonomía de la voluntad y la libertad sobre las formas de contratación; en ese sentido, los principios clásicos en materia de contratación se han visto menoscabados muchas veces por las empresas que manejan la mayor parte de los bienes y servicios, que imponen condiciones sutilmente a través de los contratos tipo con cláusulas preestablecidas y que no pueden ser modificadas por quien contrata con ellas. En la actualidad la relación entre contrato y empresa, o si se prefiere, entre contrato y actividad comercial está proliferando, así como el surgimiento de nuevos contratos como fruto de la autonomía de la voluntad y su poder creador. Podemos decir entonces, que los contratos innominados resultan del liberalismo jurídico expresado por la autonomía de la voluntad y las nuevas relaciones jurídicas que viene a ser el vínculo existente entre dos sujetos y que tienen como consecuencia efectos jurídicos como producto del contrato que es. El contrato viene a ser el acuerdo de voluntades, ya sea verbal o por escrito, entre dos personas con capacidad y que se obligan por éste.

Por último y referido a la tipicidad legal de los contratos innominados⁴, éstos se nutren de aquellos creados por personas privadas, con características diferentes de los tipos legislativos o nominados en nuestra legislación. Además, la doctrina señala que deben tener una reiteración, frecuencia y uniformidad que determinen que la doctrina o la jurisprudencia los reconozcan como correspondientes a una realidad socio-económica. Finalmente, estos contratos son producto del dinamismo de la economía que exige un sistema de transacciones; es decir, un sistema contractual acorde con la celeridad y seguridad que reclaman los negocios en nuestros días.

En el Perú el punto de partida sobre los contratos innominados se da en el artículo 1353 del Código Civil, que señala:

“Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección,

2 Citado por Arias Schreiber, Max y Arias Schreiber, Angela. (1999), p.8.

3 Ibid.

4 Ver Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. (1994).

salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”⁵.

Podemos decir, entonces, que se constituye como una excepción al principio de la Teoría General del Contrato que comprende todo el ámbito de la contratación privada. Al respecto De la Puente y Lavalle sostiene:

“Esto tiene sentido, por cuanto cada contrato particular requiere, muchas veces, dadas sus particularidades características, de una regulación propia que no tiene necesariamente que coincidir y, es más, que puede estar en oposición, con las reglas generales relativas 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”⁶.

Resulta ya obvio recalcar que las reglas particulares de cada contrato que primen sobre las reglas generales deben tener los requisitos exigidos por el artículo 140 del Código Civil para la validez del acto jurídico, que indica:

“El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”⁷.

FIDEICOMISO

Notas Previas

El fideicomiso tiene orígenes muy antiguos que se pierden en el tiempo; sin embargo, algunos autores indican que la palabra fiducia (de la cual deriva fideicomiso), proviene del vocablo *fides*, que se traduce como confianza. La *fides* es la confianza en algo y en alguien según ciertas cualidades, tales como amistad, probidad, lealtad, conciencia irreprochable. Podemos decir entonces que la *fides* reposa en una propiedad moral que, atribuida a un individuo, genera confianza mutua.

Los antecedentes del contrato de fiducia (fideicomiso) podemos encontrarlos en el Derecho Romano, así como en el Derecho Germánico, y en

el Derecho Anglosajón del siglo XII. Este encargo se basaba en el principio de buena fe del fiduciario sin que existiera derecho a reclamar su ejecución.

El fideicomiso que se origina en el Derecho Romano tenía dos formas en los negocios de confianza: el *fideicomissum* y el *pactum fiduciae*. La primera era el acto por el cual una persona que se denominaba disponente encargaba a otra, denominada fiduciario, la transmisión de su herencia, ya sea todo o una parte de ella, o un bien determinado de la misma a una tercera persona denominada fideicomisario. Este encargo se basaba en el principio de buena fe del fiduciario sin que existiera derecho a reclamar su ejecución⁸.

La segunda considera a la fiducia como un acto entre vivos, por el cual una persona transmitía a otra *mancipatio*; es decir, la propiedad de una cosa y agregaba al acto un convenio por el cual el *mancipiolaccipiens* se comprometía a volverlo a transmitir al *mancipio dans* o emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por la partes.

El pacto de fiducia tenía dos figuras: la *fiducia cum creditore contracta*, denominada fiducia de garantía y la *fiducia cum amico contracta*, denominada encargo de confianza. En la primera, el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba con la condición de devolverla una vez que se realizara el pago. El deudor asumía de buena fe la confianza hacia su acreedor que debía cumplir lo pactado. En la segunda figura, se refería a un negocio fiduciario de custodia o de administración para situar con seguridad determinados bienes.

Luego el fideicomiso siguió aplicándose en la esclavitud como una forma de compromiso para dar libertad a los esclavos. Posteriormente estas figuras fueron anuladas por la Revolución Francesa, y luego se retoma el fideicomiso en Inglaterra y Estados Unidos donde se considera una obligación fundamentalmente de equidad para conservar o usar los diversos bienes para el beneficio de otros. En ese sentido señalaremos como referencia algunos elementos que conforman el *trust* como resultado histórico, una institución *sui generis* del sistema jurídico inglés que se desarrolló sin las características propias del derecho anglosajón

5 Ver Código Civil del Perú, del 14 de noviembre de 1984.

6 Véase, De la Puente y Lavalle, Manuel. (1991). p.196.

7 Véase, Código Civil del Perú del 14 de noviembre de 1984.

8 Al respecto véase, Arias Ramos, J. (1963). También ver Arguello, Luis Alberto. (1993).

en Estados Unidos, Canadá y en los países latinoamericanos, donde ha sido regulada por leyes especiales, generalmente con el nombre de fideicomiso. El *trust*, que en un momento había sido un verdadero negocio fiduciario, se convertiría con el tiempo en una fiducia de orden legal.

Las partes que integraban el *trust* eran el *settlor* que sería el fideicomitente, que viene a ser la persona con capacidad para obligarse; el *trustee* fiduciario, que es la persona natural o jurídica, en este caso viene a ser la entidad especializada y titular de los bienes que se transfieren; y el *cestui* que es el fideicomisario, es decir el beneficiario con el fideicomiso.

1. Apuntes legislativos del fideicomiso en el Perú

Por su importancia y aplicación que se ha logrado en otros países y su desarrollo contractual en el Perú, podemos encontrar algunos antecedentes legislativos del fideicomiso. Esta figura jurídica se perfecciona a través del contrato y está regulado en la normatividad peruana por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros⁹. Asimismo, la ley mencionada es concordante con lo estipulado en el Decreto Legislativo N° 861, denominado Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 302 establece que en el fideicomiso de titulización, la sociedad tituladora es la sociedad anónima de duración indefinida cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de fiduciario.

2. Definición

En la normatividad peruana podemos encontrar el artículo 241 de la Ley N° 26702 que presenta lo siguiente:

“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”.

⁹ Ver Ley N°26702, del 09 de diciembre de 1996.

¹⁰ Mencionaba las siguientes: COFIDE; las empresas de operaciones múltiples, entre éstas la empresa bancaria, financiera, Caja Municipal de Ahorro y Crédito, la Caja Municipal de Crédito Popular, la Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Microempresa (EDPYME), Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar los recursos del público, ídem la Caja Rural de Ahorro y Crédito; asimismo las empresas especializadas, específicamente la empresa de servicios fiduciarios. La ley acota que también pueden realizar operaciones de fideicomiso las empresas de seguros y reaseguros.

Asimismo en la doctrina podemos encontrar definiciones como el fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, la que se obliga a utilizarlos a favor de aquel, o de tercero, denominado fideicomisario, constituyéndose en patrimonio fideicometido. Para nosotros viene a ser la relación que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso para entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento, o la ley. En el artículo 242 de la ley citada se indica cuáles son las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios¹⁰.

Es de resaltar que esta figura puede ser constituida por contrato o testamento, y para los objetivos que nos hemos planteado nos interesa el primero.

3. Objeto del fideicomiso

El objeto que se busca en el fideicomiso son los bienes muebles, inmuebles, registrables o no, dinero, títulos valores, entre otros, cuando se logren individualizar; aclarando que los bienes no pueden incorporarse al patrimonio del fiduciario por lo mismo que son bienes separables del activo, con cuentas separadas y excluidos de la garantía de los acreedores del fiduciario, así como de los del fideicomitente.

4. Fines

Vendrían a ser los objetivos que se busca con el contrato de fideicomiso; es decir, todos los contratos públicos y privados que tienen intereses en satisfacer sus pretensiones mediante el acuerdo de un fideicomiso.

5. Plazo

Se establece usualmente según lo establecido por el artículo 251 de la Ley N° 26702 que indica un plazo máximo de 30 años con las excepciones indicadas en el mismo artículo en los incisos 1, 2

y 3. Cualquier exceso de plazo máximo se tiene por no puesto, salvo las excepciones referidas.

6. Forma

Es indispensable que toda operación de fideicomiso se realice por escrito; no existen fideicomisos que se hayan realizado en forma oral. El artículo N° 246 de la ley establece que se efectúa y perfecciona mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

7. Naturaleza jurídica

Cuando hablamos de la naturaleza jurídica nos estamos refiriendo a la generación de derechos que surgen en base a la doctrina y teorías del derecho para ver los efectos que genera la actividad contractual; en ese sentido, existen diversas opiniones en la doctrina nacional e internacional. Mencionaremos algunas teorías que a nuestro criterio y coincidiendo con otros autores, son las más importantes, entre estas tenemos: las teorías de la Unidad del Negocio, la Separación del Negocio y del Desdoblamiento de la Propiedad.

Los que sostienen la Teoría de la Unidad del Negocio indican que el contrato fiduciario es uno solo y que se sustenta en dos relaciones jurídicas:

- Una relación real que transmite el bien o el derecho del fiduciante al fiduciario.
- Una relación obligatoria por la cual el fiduciario se encuentra obligado ante el fiduciante de transmitirle ese bien o derecho, o de retransmitir a un tercero.

En cuanto a la Teoría de la Separación del Negocio, los que sostienen esta teoría señalan que el negocio fiduciario se sustenta en base a dos contratos diferentes:

- Un contrato real, positivo; es decir, se realiza la transferencia de la propiedad o del crédito de modo seguro, irrevocable y perfecto.

- Un contrato obligatorio negativo cuando se utiliza de alguna manera el derecho adquirido para luego ser restituido a un transferente o a un tercero.

La Teoría del Desdoblamiento de la Propiedad se refiere a la titularidad de un mismo derecho, es decir del fiduciario y del fideicomisario. El fiduciario tendrá la titularidad jurídica mientras que el fideicomisario tendrá la titularidad económica.

8. Características del fideicomiso

Al analizar las características del fideicomiso encontramos que es una figura sui generis y compleja, que tiene afinidad y también diferenciación con otras figuras jurídicas. En esa orientación la mayoría de los autores en la doctrina¹¹ coinciden en señalar que el fideicomiso es una figura compleja, estructurada sobre dos pilares fundamentales: la transferencia de bienes en dominio fiduciario y la constitución de un patrimonio autónomo fideicometido por el que el fiduciario ejerce “dominio fiduciario” sobre el patrimonio fideicometido, dominio que le confiere facultades que incluyen las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre dichos bienes.

El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario. La empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizados, sin perjuicio de las cuentas y registros que corresponden en los libros de la empresa, cuentas y registros que deben mantenerse conciliados con aquella.

La empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo. Sin embargo podemos citar algunos de los caracteres jurídicos, tales como:

- Es típico, por lo mismo que está normado por la Ley N°26072.

11 Otros autores como Bravo Melgar, S. mencionan las siguientes características: “Es un contrato general, puesto que enmarca todos los usos que se le puede dar al bien transmitido en fideicomiso; es de carácter temporal, puesto que su vigencia ha de tener una extensión limitada en el tiempo, en virtud de su naturaleza; es un contrato de carácter exclusivo, en la misma medida que el derecho de propiedad, y por su naturaleza es oponible a todos; es un contrato real y solemne, señalamos que es real, puesto que el bien dado en fideicomiso es un bien real y el contrato para tener validez debe ser contraído con las formalidades de transferencia de propiedad y deben estar enmarcadas en una escritura pública; es un contrato consensual, por la importancia que exista consentimiento expreso de las partes y el contrato se perfecciona; es un contrato bilateral, por las partes contratantes que intervienen que son dos: el fideicomitente y el fideicomisario; es un contrato oneroso, en virtud que las prestaciones a acaecer son valubles monetariamente; es un contrato autónomo y principal, el fideicomiso no depende de otros contratos para su validez. El fideicomiso enmarca la transferencia del bien, el cual ha de efectuarse con un encargo de confianza (fiducia)” Véase en Bravo Melgar. (1997). pp. 92 y 93.

- Es autónomo pues tiene vida propia y no depende de otros contratos.
- Es complejo; por su flexibilidad puede dar origen a diferentes formas de carácter obligacional.
- Es constitutivo, ya que da lugar a la creación de figuras jurídicas diferentes dentro del mecanismo de administración que está a cargo del fiduciario.
- Es conmutativo porque puede prever con anticipación sus beneficios y sacrificios a diferencia de lo que sucede con los actos aleatorios.
- Es oneroso, ya que el fiduciario recibe una retribución en tanto que el fiduciante se desprende del bien o bienes que entrega en fideicomiso.
- Es de prestaciones recíprocas.
- Es formal, por estar establecido en el artículo 246 de la Ley N°26702 que señala que dentro de la formalidad la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizando mediante privado o protocolizado notarialmente¹².

9. Elementos que constituyen el fideicomiso

Diríamos que se basa en tres elementos fundamentales, entre estos tenemos:

- La fiducia o el encargo por confianza.
- La transmisión de la propiedad vinculada a esa fiducia.
- La figura del fiduciario que recibe los bienes por encargo.

Es de resaltar que en el fideicomiso concuerdan la fiducia y la transmisión de la propiedad y, si se diera el caso de un simple encargo de confianza y no la transmisión, no es un fideicomiso o viceversa, si se diera la transmisión de propiedad que no está relacionada a un encargo de confianza.

10. Partes que integran un fideicomiso

a) **Fideicomitente.** Es el propietario o titular de los bienes que serán transferidos en fideicomiso. Se puede decir entonces que toda persona capaz de disponer de sus bienes puede

constituir un fideicomiso; en otras palabras, es quien transmite los bienes en fideicomiso y negocia las condiciones, lo que no excluye que un incapaz actúe a través de su representante legal, siempre y cuando éste cumpla los requisitos establecidos por la ley para hacer la mencionada transferencia. Asimismo, además de las personas físicas o naturales, algunas legislaciones aceptan la posibilidad de que las personas jurídicas sean fiduciantes, incluidas algunas de derecho público y aun ciertas autoridades judiciales o administrativas.

b) **Fiduciario.** Es la persona autorizada u organización especializada que tiene autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) para realizar operaciones financieras como titular de los bienes que se transfieren. También es el responsable de conducir todos los actos y operaciones para cumplir el fideicomiso.

Podemos decir entonces que el fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o venderlos para cumplir con la finalidad del fideicomiso; en otras palabras, no solo es propietario frente a terceros sino que es el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.

En algunas legislaciones latinoamericanas se ha incorporado la restricción de que solo pueden actuar como fiduciarios los bancos autorizados para estos casos o las sociedades fiduciarias que hayan recibido una autorización expresa. Sin embargo, es de señalar que existen algunos países que permiten que el fiduciario pueda ser una persona natural o jurídica sin especial calificación ni autorización estatal. Es de resaltar en este aspecto que de ninguna manera el fiduciario podrá ser fideicomisario, es decir no podrá beneficiarse del fideicomiso, ni de los frutos o productos de los bienes recibidos y tampoco de la transmisión ulterior de los bienes de los que es propietario fiduciario.

c) **Beneficiario.** Es quien recibe los beneficios de la administración fiduciaria.

d) **Fideicomisario**¹³. Es el destinatario final de los bienes una vez cumplido el plazo o la condición pactada en el contrato. En términos generales beneficiario y fideicomisario son la

¹² Véase el artículo 246 de la Ley N°26702 del 09 de diciembre de 1996.

¹³ En el Derecho Internacional reciben el nombre de fideicomisarios los delegados y representantes de la Organización de las Naciones Unidas.

misma persona; es decir, el mismo fideicomitente puede ser beneficiario del fideicomiso o una tercera persona; en tal caso, esta última será designada fideicomisario.

La doctrina define también que el fideicomisario es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitados al vencimiento del término estipulado. Es de mencionar que el fideicomisario tiene que ser una persona capaz de recibir derechos, lo que lleva a la conclusión que cualquier persona con capacidad general o de goce puede ser fideicomisario; de lo contrario, se estarían ejecutando negocios al margen de la ley.

11. Tipos de fideicomiso

Podemos encontrar en el ámbito empresarial, financiero y de negocios distintos tipos o modalidades del fideicomiso así como en el sistema bancario internacional: fideicomiso de administración, de inversión, financiero, de garantía, inmobiliario, de nacionalización, de gestión, de seguros, prestación de fondos de pensión, de gobierno, testamentario, de desarrollo de cobranza, entre otros. Ahora bien desarrollaremos las figuras jurídicas del fideicomiso que a nuestro criterio son las más importantes.

a) **Fideicomiso de titulación de activos.** El Decreto Ley N° 26126, Ley Orgánica¹⁴ de la CONASEV, regula el fideicomiso de titulación de activos. Éste consiste en la operación financiera por la cual el originador o fideicomitente transfiere en dominio fiduciario un conjunto de activos a favor de una entidad fiduciaria para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, siendo que los suscriptores de los valores recibirán el tratamiento de fideicomisarios. Tal como lo dispone el artículo 301 de la Ley de Mercado de Valores, únicamente las sociedades tituli-

zadoras, salvo supuesto de excepción que establezca la CONASEV mediante disposición de carácter general, pueden ejercer las funciones propias de fiduciario en los fideicomisos bajo comentario. Dichas sociedades tituladoras deben incluir en su denominación social la expresión “sociedad tituladora”, debiendo contar con autorización de la CONASEV y estar inscritas en el Registro Público de Mercado de Valores, tal como se dispone en el artículo 307 de la mencionada norma¹⁵.

b) **Fideicomiso de Inversión.** Esta figura jurídica se refiere a la operación financiera por la cual se transmite en propiedad fiduciaria determinados activos con el fin de ser destinados a inversión por medio de una entidad fiduciaria, conforme a las directivas o estipulaciones que imponga el fideicomitente, para propio beneficio de éste o de terceros

c) **Fideicomiso Inmobiliario.** Se celebra cuando una persona natural o jurídica llamada fideicomitente, traslada a una entidad fiduciaria la titularidad de uno o varios bienes inmuebles específicos, con el propósito de que los administre, maneje y/o enajene en provecho de un tercero que puede ser el fideicomitente o un nuevo beneficiario, denominado para estos efectos fideicomisario. Esta modalidad de fideicomiso es muy utilizada en los proyectos de construcción.

d) **Fideicomiso en garantía.** El artículo 274 de la Ley N°26702, Ley General del Sistema Financiero de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros¹⁶, se refiere a la existencia de una deuda del fiduciante al fiduciario y, para garantizar su cumplimiento, el deudor (fiduciante) transmite determinados bienes al acreedor (fiduciario), otorgándole el derecho de cobrarse su deuda con las rentas que produzca aquellos o bien el de enajenarlos al vencimiento del plazo y cobrarse su crédito con el importe de la venta. Además el citado artículo 274 de la Ley General, en el fideicomiso en garantía, indica que son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor. Asimismo se admite expresamente la posibilidad que un mismo bien sea susceptible de varios contratos

14 Ver Decreto Ley N°26126, Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) del 30 de diciembre de 1992.

15 Ibid, artículos 301 y 307.

16 Véase artículo 274 de la Ley General del Sistema Financiero de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, del 09 de diciembre de 1996.

de fideicomiso en garantía, o en todo caso de distintas cargas o gravámenes. En esa misma orientación la Resolución SBS N°1010-99 señala que la finalidad del fideicomiso es garantía que los bienes integrados en el patrimonio fideicometido están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones concertadas, a cargo del fideicomitente o de un tercero, pudiendo el fideicomisario -en su calidad de acreedor- requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo.

- e) **Fideicomiso de gestión.** Cuando por distintas causas ajenas a su voluntad o voluntariamente una persona deja por un tiempo determinado la administración y manejo directo de los bienes, se puede transferir sus bienes a una organización crediticia que le de seguridad.
- f) **Fideicomiso testamentario.** Puede constituirse por contrato o testamento y sólo podrá ser hecho por bienes determinados. Se presenta la posibilidad de destinar por esta figura jurídica al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con objeto de destinarlos a cumplir ciertas finalidades, bien de índole cultural o en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante. Asimismo, de acuerdo al artículo 247 de la ley no es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declinare la designación, debe proponer quien la reemplazará y, si ninguna otra empresa acepta el encargo, el fideicomiso se extingue.
- g) **Fideicomiso de desarrollo.** Caracterizado por la presencia de entidades internacionales o gubernativas de crédito, y por la aplicación de los recursos a finalidades de interés comunitario o de desarrollo.

12. Derechos y obligaciones de las partes

Existen derechos y obligaciones para cada integrante del fideicomiso.

a) Derechos del fideicomitente

- Designar a uno o varios fiduciarios.

17 Artículo 262. Obligación del fideicomitente.

18 Artículo 261. Derechos de la empresa fiduciaria.

- Reservarse los derechos que crea conveniente en el acto constitutivo.
- Modificar el fideicomiso, siempre y cuando se haya reservado este derecho.
- Supervisar y exigir que se cumpla el contenido del contrato de fideicomiso.
- El fiduciante puede exigir al fiduciario rendición de cuentas y, si el caso lo exigiera, ejercer acciones de responsabilidad judicial.
- Exigir al fiduciario la modificación o modificaciones que estime adecuadas en el instrumento de constitución y aún en la resolución del fideicomiso, siempre y cuando no lesione los derechos adquiridos.
- Puede revocar el fideicomiso conforme a lo señalado en el inciso 9 del artículo 269 de la Ley General del Sistema Financiero.
- Puede pedir que le sean devueltos los bienes entregados en fideicomiso en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes una vez ejecutado el fideicomiso.
- Nombrar un Comité Técnico, de ser el caso.
- Los demás derechos que consten en el instrumento constitutivo.

b) Obligaciones del fideicomitente¹⁷

- Pagar los honorarios fiduciarios.
- Reponer los gastos efectuados por el fiduciario si la ocasión del encargo o la administración lo exigiera.
- Está obligado a sanear la evicción en los casos que se transmitan inmuebles.
- Pagar los gastos que ocasionen la constitución y administración del fideicomiso.
- Colaborar con el fiduciario en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

c) Derechos de la empresa fiduciaria¹⁸

- Tiene todos los derechos que la finalidad del contrato le designa, fundamentalmente referido a administrar, dominio, enajenar, permutar, transferir propiedad, obtener créditos y gravar, en algunos casos, arrendar y realizar mejoras y reparaciones.

- Puede usar y disponer de los bienes sin apropiarse de los beneficios.
- Disponer de acuerdo a las necesidades para la conservación del patrimonio.
- Representar los juicios en relación al fideicomiso, así como otorgar en ellos mandato para litigar y cobranzas.

d) Obligaciones de la empresa fiduciaria¹⁹

- Administrar el fideicomiso en la forma y los términos establecidos en el contrato constitutivo.
- Preservar la conservación y custodia material y física, así como de acciones judiciales que pudieran afectar o mermar la integridad de los bienes.
- Rendir y presentar las cuentas sobre la gestión.
- Presentar información sobre el movimiento contable de los bienes en su poder.
- Llevar por separado contabilidad para cada fideicomiso.
- Transferir los bienes de acuerdo con el acuerdo del contrato de fideicomiso.
- Efectuar mejoras, contratar seguros y cumplir con las obligaciones provenientes del fideicomiso en materia tributaria.
- Guardar reserva en relación a las operaciones y demás actos en relación al fideicomiso con los mismos alcances que la ley establece para el secreto fiduciario.
- Cobrar la retribución de sus servicios de conformidad con lo estipulado en el instrumento constitutivo.
- Cumplir con los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello todos los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requieran.
- Rendir cuentas a los fideicomitentes y a la Superintendencia al término del fideicomiso o de su intervención en él.
- Cumplir las órdenes del Comité Técnico, si existiera.

e) Cese del fiduciario

Puede ser por:

- Revocación judicial.
- Incumplimiento de sus obligaciones a solicitud del fideicomitente.
- Muerte o incapacidad declarada judicialmente, si se trata de persona natural.
- Quiebra o liquidación.
- Renuncia.

f) Derechos del fideicomisario²⁰

- Sus derechos están limitados por el acto constitutivo.
- Recibir los rendimientos o remanentes que queden después de la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.
- Exigir la rendición de cuentas.
- Transferir sus derechos de fideicomisario.
- Exigir al fideicomitente que incorpore en el patrimonio del fideicomiso todos los bienes que prometió.
- Revocar y dar por concluido anticipadamente el fideicomiso si se indicara expresamente en el acto constitutivo.

g) Obligaciones del fideicomisario

- Pagar los gastos que se originen por la ejecución y extinción del fideicomiso.
- Pagar impuestos, derechos y multas que se originen con la ejecución del fideicomiso.
- Pagar los honorarios fiduciarios.
- En un contrato de fideicomiso se puede designar un solo fideicomisario; en otras palabras, puede recaer en una sola persona y en representación el fiduciario realizará el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Sin embargo, puede darse el caso de que se designe una pluralidad de fideicomisarios (dos o más personas).

h) Prohibiciones del fideicomisario

La ley establece en sus artículos 257 y 258 las prohibiciones de la empresa fiduciaria. El fiduciario no puede afianzar o avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o las operaciones, actos y contratos que rea-

¹⁹ Véase artículo 256 de la Ley N°26702, Obligaciones de la empresa fiduciaria.

²⁰ Artículo 263. Derecho del fideicomisario de exigir los beneficios que se generen.

licen con los bienes fideicometidos. Tampoco pueden realizar operaciones, actos y contratos de fondo y bienes de los fideicomisos en beneficio de:

- El propio fiduciario.
- Sus directores y trabajadores y los miembros del comité a cargo del fideicomiso.
- El factor o factores fiduciarios.
- Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados por el fideicomiso de que se trate.
- Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integren la firma, y los profesionales que participen en las labores de auditoría de la propia empresa.

Los impedimentos a que se refiere este artículo alcanzan al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurídicas en que el cónyuge y los parientes tengan participación superior al 50%.

13. Patrimonio fideicometido

Viene a ser el patrimonio que se creó voluntariamente como consecuencia del desprendimiento que hizo el fideicomitente de su parte; esto implica una transmisión de propiedad entendiéndose no en términos de derechos civiles, sino fiduciarios, lo que implica que el interés de dicha transmisión no es la transmisión en sí misma sino el logro de un fin posterior. Para esto es necesario que el fideicomitente se desprenda de su propiedad civil y que la transmita a un fiduciario para que la administre y haga cumplir el encargo de acuerdo a la finalidad del fideicomiso. El patrimonio del fideicomiso es autónomo²¹.

14. Comité Técnico

En el acto constitutivo o en sus reformas que se pudieran dar se puede prever la formación

de un Comité Técnico y dar las pautas, reglas de funcionamiento, así como determinar sus facultades, comprometiéndose la institución fiduciaria a obrar de acuerdo con los acuerdos de este comité. La facultad de instituir el comité corresponde al fideicomitente que es quien origina el fideicomiso.

15. Prohibiciones de la empresa fiduciaria

Toda empresa fiduciaria no puede afianzar, avalar o garantizar en ninguna de las formas ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos. Es nulo el pacto en contrario así como las garantías y compromisos que se pacten en contravención a lo dispuesto en este artículo²².

Sin embargo, es necesario recordar que en el casos que el beneficiario sea un menor de edad, éste ejercerá ante el fiduciario y ante terceros a través de su representante legal. Como una de las razones del fideicomiso es transmitir bienes en beneficio de personas incapaces o que no pueden valerse por sí mismas, se busca protegerlas mediante la transferencia de unos bienes a una organización con respaldo y seriedad profesional como un banco.

16. Ventajas y desventajas del contrato de fideicomiso

Podemos citar, entre otras, las siguientes: desde el punto de vista financiero, el fideicomiso financiero y la securitización o titulación de créditos se convierten en un instrumento para obtener trabajo sin mayor endeudamiento. También vienen a constituir una importante fuente de financiamiento de proyectos de inversión y refinanciación de pasivos.

Desde la óptica comercial, aumenta la transparencia del negocio por el mayor control fiduciario, y además se refuerzan los acuerdos societarios.

21 Ver Ley N°26702, Artículo 253. "Patrimonio fideicometido. El patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso. En caso que la empresa fiduciaria no se oponga a las medidas que afecten al patrimonio fideicometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario. Uno y otros están facultados para coadyuvar en la defensa si la empresa fiduciaria hubiese hecho valer la oposición. La empresa fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las medidas de protección del patrimonio fideicometido, sin quedar liberado de responsabilidad".

22 Véase Ley N°26702, artículo 257. "Prohibiciones de la empresa fiduciaria. Es prohibido a la empresa fiduciaria afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos. Son nulos el pacto en contrario así como las garantías y compromisos que se pacten en contravención a lo dispuesto en este artículo".

Desde la óptica del contrato, las partes involucradas en la ejecución del contrato pueden pactar que la ejecución de los bienes que estén en garantía se efectúen de forma extrajudicial y, en el caso del que actúa como depositario, si es un banco fiduciario, existe la confianza y solidez de la entidad y que además estará supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Desde la óptica del fideicomitente podemos indicar:

- Reduce los costos financieros por el recogi- miento de determinados activos de su patrimonio y el otorgamiento de garantías adicionales.
- Reduce el riesgo de crédito, lo que ayuda a buscar una mejor tasa de financiamiento.
- Aumenta la capacidad de prestación.
- La empresa se dedica a una actividad específica e incentiva el crédito a largo plazo.
- Incrementa el retorno sobre la inversión y sobre el patrimonio neto.

JOINT VENTURE

1. Introducción

En el proceso de la globalización de la economía y de creación de mercados mundiales, se produce un flujo creciente de inversiones internacionales de los países productores de bienes de capital hacia países con vastos recursos naturales o de mercados propios interesantes o que disponen de una mano de obra calificada y poco costosa.

En la actualidad el contrato de riesgo compartido como también se suele llamar al *joint venture*, toma importancia aún a sabiendas de su origen anglosajón y que mayormente se desarrolló en la jurisprudencia norteamericana. Cada vez se utiliza con mayor frecuencia por su forma flexible y amplia escala de contratación, ya que tiene la enorme ventaja de reunir capitales para buscar un negocio que requiere fuertes inversiones y muchas veces avanzada tecnología, junto a su experiencia en operaciones comerciales, industriales y de toda índole. Estas formas de cooperación empresarial son importantes, más aún cuando el Perú viene suscribiendo procesos de integración económica, comercial y financiera para alcanzar y mantener

una ventaja competitiva mediante estas alianzas estratégicas²³.

2. Nociones previas

El término *joint venture* proviene de *joint adventure* y su origen, según algunos autores, lo encontramos en la ley de *partnership* de fines del siglo XIX.

Su origen etimológico proviene de las palabras inglesas *joint*, que significa juntura, unión, conjunto, y *venture* que es riesgo, aventurarse. De la unión de ambas palabras surge el término *joint venture* que se podría traducir como aventura, riesgo compartido, alianza estratégica o aventura conjunta.

Este anglicismo se refiere a una asociación de empresas o emprendimiento conjunto, donde dos empresas independientes se unen -en capital y riesgo- para realizar un proyecto entre las dos. Ambas mantienen su independencia en todo lo demás.

La mayoría de los autores coinciden que esta figura jurídica toma relevancia en Estados Unidos donde se desarrolla en virtud de un régimen fiscal que favoreció su crecimiento y la expansión de sus negocios. Este método hace referencia a una modalidad de colaboración empresarial cuyo origen se sitúa en el Derecho Angloamericano y tiene su mejor momento de difusión y aplicación en la jurisprudencia y práctica norteamericana, para luego difundirse en el ámbito internacional a partir de la década de los 50. Su regulación jurídica depende del país donde se suscribe el *joint venture*.

Es de resaltar que en los últimos años la cantidad de estos contratos ha ido en creciendo, ya que las empresas lo consideran como un instrumento legal muy acertado dentro de sus estrategias de inversión nacionales o internacionales. En ese sentido, la internacionalización²⁴ de las empresas debido a el proceso de integración económica, comercial y financiera a nivel regional y mundial²⁵, ha generado la necesidad de buscar nuevas formas de cooperación empresarial en los negocios, como el *joint venture*.

3. Apuntes legislativos del *joint venture* en el Perú

En el ámbito doctrinario existen diferentes opiniones sobre la regulación jurídica del *joint*

23 Ver Porter, Michael. (1991).

24 Al respecto véase Buchel, Bettina. (2002). p.222.

25 Arotoma Cacahuaray, Sixto. (1999).

venture; entre éstas tenemos desde quienes consideran que los contratos de colaboración empresarial deben ser regulados en la Ley General de Sociedades, en tanto se precisa que sí habían sido considerados por la anterior Ley de Sociedades Mercantiles (1996); hasta otras posiciones doctrinarias que señalan que la Ley General de Sociedades no debe regular contratos que no dan lugar al nacimiento de personas jurídicas, ya que podrían llevar a confusiones entre la naturaleza jurídica de las sociedades y de los contratos, además que el *joint venture* es un contrato innominado y atípico.

A nuestro criterio, estas posiciones que tienen no son relevantes, ya que por las particularidades de estos contratos son las partes quienes otorgan al contrato el contenido, características, obligaciones y derechos, por lo que su regulación debería ser flexible y no estar inmersa en ningún código de comercio o código de la empresa o ley de sociedades.

Los antecedentes normativos de este contrato podemos encontrarlos, en primer lugar, en el Decreto Supremo N°010-88-PE²⁶ que introduce por primera vez el término de *joint venture*. Posteriormente se dictan normas que regulan este contrato como el Decreto Legislativo N° 662, Ley de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera²⁷; el Reglamento de la Ley de Impuesto a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo; el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, modificado por el Decreto Legislativo N°844²⁸; el Decreto Legislativo N° 708, Ley de Promociones de Inversiones en el Sector Minero²⁹; el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada³⁰ que establece garantías

aplicables a los que concurren en una co-inversión; el Decreto Supremo N° 014-92-EM³¹ que incluye normas referentes al contrato de riesgo compartido; el Decreto Supremo N° 162- EF³² y el Decreto Legislativo N° 757 que aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada³³.

Este marco jurídico se complementa con los convenios multilaterales como el Convenio MIGA (Acuerdo de Garantías de Inversiones Multilaterales)³⁴ y el Convenio OPIC (Corporación Privada de Inversión en otros países)³⁵. Igualmente cumplen el mismo fin los Tratados Bilaterales con Suiza, Tailandia, Alemania, Corea del Sur, Países Bajos, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia, Canadá, Chile y Argentina, entre otros.

Asimismo, es importante mencionar las preferencias arancelarias que, en un régimen de comercio exterior, ofrecen Japón y la Unión Europea con el Sistema General de Preferencias de la Comunidad Europea (SGP-CE) a los países andinos³⁶.

En este nuevo escenario de integraciones regionales que vienen produciéndose, los *joint venture* tienen muchas ventajas para la inversión y la cooperatividad empresarial como en el NAFTA (Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte), APEC (Consejo Económico Asia – Pacífico), CAN (Comunidad Andina), MERCOSUR, ALCA (Acuerdo de Libre Comercio de las Américas), y los TLC que viene firmando el Perú.

4. Definición

El *joint venture* es definido como la sociedad en participación, sociedad temporal, asociación de empresas, asociación temporal de empresas o la unión temporal de empresas. Asimismo en la doc-

26 Véase Decreto Supremo N°010-88-PE, del 23 de marzo de 1988.

27 Decreto Legislativo N°662. Aprueba Régimen de estabilidad jurídica a la Inversión Extranjera, del 02 de septiembre de 1991.

28 Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las empresas del Estado, del 27 de septiembre de 1991, modificado por diferentes normas entre estas últimas el Decreto Legislativo N°844, del 13 de septiembre de 1996.

29 Ver Decreto Legislativo N°708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, del 14 de noviembre de 1991, y el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N°014-92-EM del 03 de junio de 1992.

30 Véase Decreto Legislativo N°757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, del 13 de noviembre de 1991, modificado por distintas normas entre las últimas por la Ley N°26786, del 13 de mayo de 1997.

31 Ver Decreto Supremo N°014-92-EM, del 03 de junio de 1992 y Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, del 04 de junio de 1992.

32 Véase Decreto Supremo N°162-EF Aprueba el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, del 12 de octubre de 1992, modificado por Decreto Supremo N°084-98-EF, del 14 de agosto de 1998.

33 Decreto Legislativo N°757 Aprueban Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, del 13 de noviembre de 1991 y modificado por diferentes normas, entre estas últimas la Ley N°26786, del 13 de mayo de 1997.

34 Véase, el Convenio MIGA. Acuerdo de Garantías de Inversiones Multilaterales, de diciembre de 1990.

35 Ver, Convenio OPIC. Corporación Privada de Inversión en Otros Países, de noviembre de 1992.

36 Ver, Arotoma, Sixto. (1999).

trina recibe diferentes denominaciones: empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales y otras³⁷.

La definición de estos contratos está dada según las diversas modalidades de *joint venture*, y a continuación citaremos las que a nuestro criterio, consideramos las más importantes.

La mayoría de los autores coinciden en indicar³⁸ que es un acuerdo asociativo entre dos o más personas naturales o jurídicas, con un objetivo común que se realiza por un tiempo determinado, sin implicar una entidad con personalidad jurídica propia. No obstante, la jurisprudencia ha ido definiendo las características propias de esta clase de asociaciones. Debido a que no implica ningún tipo de contrato, los socios deben ser responsables, en igualdad, por las consecuencias positivas o negativas de la ejecución del proceso³⁹.

Para Juan Colaicovo, el *joint venture* es definido como el contrato por el cual un conjunto de sujetos de derecho realizan aportes de las más diversas especies para la realización de un negocio común, que no implicará la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa. El negocio puede ser variado: desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará durante un lapso de tiempo limitado, con la finalidad de obtener beneficios económicos⁴⁰.

Por su parte Katheryn Harrigan indica que un contrato de *joint venture* típicamente incluye un acuerdo entre dos o más partidos o compañías (socios) para contribuir con recursos a un negocio común. Estos recursos pueden ser materia prima,

capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento o productos, y en cuanto a los socios, en un *joint venture* normalmente siguen operando sus negocios o empresas de manera independiente a la nueva empresa común, lo cual es una de las razones primordiales por las que este tipo de sociedad, si se le pudiera llamar así, ha tenido mayor éxito que los *mergers* o *acquisitions* en los últimos años⁴¹.

Otros lo definen como un contrato de asociación y colaboración empresarial, que une a dos o más personas o empresas en forma momentánea con un fin específico. Se puede constituir entre empresas públicas o privadas, con el objetivo de comercializar, producir, financiar, realizar servicios e investigación y desarrollo. Se busca compartir esfuerzos, riesgos y responsabilidades, y contar con la infraestructura y elementos contractuales necesarios para emprender una actividad que supere las posibilidades individuales de desarrollo con eficacia⁴².

El *joint venture*, también conocido como empresa de riesgo compartido, empresa con participación, empresa conjunta o co-inversión de riesgo, presenta una flexibilidad y facilidad de constitución que permite operar en los mercados externos, donde es considerada particularmente útil para los negocios internacionales⁴³, pese a su reciente incorporación en nuestra práctica comercial y al laborioso proceso de conceptualización por parte de la jurisprudencia.

Como vemos este contrato ha logrado un desarrollo sorprendente, al punto que se constituye como parte de las opciones que las empresas tienen para tomar decisiones de inversión en el

37 Ver, Autor. (1989). Véase también Autor. (1989).

38 Véase, Miquel Rodríguez, Jorge. (1988).

39 Para Bravo Melgar, S. (1997) es un contrato sui generis, idem sui iuris con características y elementos peculiares. A través del contrato dos o más empresas, personas naturales o jurídicas, nacionales y/o extranjeras acuerdan asociarse para combinar conjuntamente sus recursos y actividades para la ejecución y concreción de un negocio específico, para lo cual compartirán riesgos y responsabilidades entendiéndose como contrato sui generis, idem sui iuris por estar sujeto a un régimen legal propio. Véase en Bravo Melgar, S. (1997). p.356.

40 Colaicovo, Juan Luis; Avaro, Rubén Daniel y otros. (1992), pp. 425. Véase, Fernández Sánchez, Esteban. (1996). p.466.

41 Harrigan, Kathryn Rudie. (1992). p. 35. Asimismo ver p.53. "Así también la doctrina define cómo el contrato de asociación económica debe considerarse como contrato internacional, pues una de sus partes es extranjero -tiene su domicilio en el extranjero, mueve su capital en el extranjero, puede transferir tecnología, y tiene relevancia económica internacional-, atendiendo a ello la doctrina jurídica que establece que para seleccionar la ley aplicable a estos tipos de contratos, el factor esencial lo constituye el acuerdo de voluntad entre las partes, o sea ellos deciden qué ley regirá la relación contractual. Otros sostienen que es una forma de cooperación empresarial en un contexto competitivo que actúa como una 'asociación empresarial estratégica' entre dos o más empresas nacionales y/o extranjeras, que mediante la integración, interacción y complementariedad de sus actividades y recursos buscan alcanzar propósitos comunes".

42 Farina, Juan. (1997). p.236.

43 Ver Lucich, Iván M. (1994).

ámbito local o internacional; en otras palabras, esta asociación de individuos o firmas formada para realizar un proyecto comercial específico necesita juntar esfuerzos para buscar beneficios mutuos, y a su vez compartir los riesgos, variando sus características de acuerdo al tipo de negocio y país en que se ubica.

Dentro de estas concepciones, esta forma asociativa es utilizada por empresas que tienen intereses en común y que, por presentar insuficiencias o dificultades para lograr un fin determinado, no pueden afrontar individualmente un proyecto y el trabajo compartido les posibilita un mejor uso de los recursos.

Asimismo es de señalar que muchos *joint venture* se consolidan entre países de bloques económicos diferentes los que suelen involucrar, por ejemplo, acuerdos de subcontratación y operaciones de comercio compensado, por lo que las utilidades se entregan en productos.

Como podemos apreciar, en relación a este tema existen diferentes criterios en cuanto al concepto⁴⁴.

En nuestro país se utilizan bajo la denominación de empresas mixtas, las que se diferencian de las demás modalidades que pueden adoptar la sociedad mercantil común por algunos rasgos como la presencia de dos o más socios de distintos países, acción conjunta de los socios, objetivo común; participación en la contribución, en los riesgos, beneficios y en el control financiero; transferencia de tecnología, así como agilidad y flexibilidad en la forma de adaptarse a los requerimientos de la normatividad legal⁴⁵.

Actualmente en el ámbito internacional se conocen dos formas como se realizan estas aso-

ciaciones económicas: la asociación contractual y la empresa mixta. A sabiendas de que el contrato de asociación económica internacional no crea una nueva persona jurídica, en la doctrina actual se le reconoce como *joint venture* o empresa mixta.

5. Naturaleza jurídica

Es un contrato atípico por no estar regulado en nuestra normativa jurídica y se le conoce como innominado por no tener una definición propia. Sin embargo, el origen y desarrollo histórico de ese acuerdo de *joint venture* nos lleva, sin lugar a dudas, a comprender que tiene fundamentalmente un carácter contractual y es en función de él que posteriormente se ha ido ajustando de acuerdo a las necesidades del mercado.

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del *joint venture*, la doctrina asume diferentes posiciones; dentro de éstas tenemos las siguientes:

a) Posición doctrinaria del contrato atípico e innominado. Para José León Barandiaran Hart, el *joint venture* es un contrato atípico, en el cual las relaciones ahí contenidas deben ser reguladas internacionalmente por la ley del contrato.

En principio, es importante distinguir entre el *joint venture* acordado entre una empresa extranjera y una peruana, de aquel formado entre empresas extranjeras para contratar con una compañía nacional, sin formar un nuevo *joint venture*.

En el primer caso citado, si la empresa nacional fuera estatal, se tendría que considerar –necesariamente– la naturaleza jurídica de esa parte peruana, esto es, si es persona de derecho

44 En cambio, según definición ofrecida por el profesor Charles Lipton del Centro de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas indica que “toda negociación entre nacionales y extranjeros no puede considerarse como *joint venture* que sólo existe cuando se unen recursos y se comparten las ganancias y las responsabilidades, con independencia de que se constituya o no una nueva persona jurídica”. Para el Congreso Flamenco de Ciencias Económicas, “una *joint venture* o sociedad mixta es como una forma de colaboración con reparto de los riesgos y del control entre dos o varias personas o unidades económicas”. Por su parte, para un gran grupo de autores norteamericanos y la Oficina Belga del Comercio Exterior, la constitución de una nueva entidad con personalidad jurídica propia es accesoria ya que la transferencia de *know how* o tecnología en general, puede asumir variadas formas y originar una participación tan activa en la vida y el control de la empresa receptora de esa aportación tecnológica, que se puede considerar como empresa mixta, siempre que esté presente el otro elemento: la participación en riesgos y beneficios. La mencionada Oficina incluye los elementos, que en su opinión han sido admitidos por la generalidad, al enunciar que una empresa conjunta es una forma de colaboración entre empresas, caracterizada por una participación en los riesgos y los beneficios correspondientes a las actividades que son objeto de un acuerdo, una participación en el control financiero de las operaciones que resulten de esas actividades, una transferencia de *know how* y una forma jurídica ágil, capaz de adaptarse a las distintas legislaciones nacionales y a las diversas organizaciones que adopten los socios. Son documentos Inéditos.

45 Véase al respecto Martorel, Ernesto. (1993), así también Hundskopf, Exebio. (1994).

público interno o si actúa como persona de derecho privado.

Tratándose de personas de derecho público, sí se tendrá que aplicar lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Estado de 1993, que señala que

“En todo contrato del Estado de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y se renuncia a toda reclamación diplomática”⁴⁶.

Tratándose de personas de derecho privado que acuerdan el contrato de *joint venture*, bien sean nacionales o extranjeros, las normas a aplicar son las estipuladas en el Libro X del Código Civil vigente⁴⁷ (Derecho Internacional Privado).

Para Arias Schreiber⁴⁸, el *joint venture* es un contrato atípico, puesto que la ley no prevé formalidad alguna.

b) **Posición doctrinaria del contrato atípico sui generis.** Algunos tratadistas señalan que la noción de *joint venture* es no sólo *sui generis* sino incluso *sui iuris*, con lo que se quiere indicar que está sujeta a un régimen legal propio.

c) **Posición doctrinaria del contrato complejo.** Se afirma que un problema especialmente complejo del derecho comercial moderno es el de precisar la naturaleza y el alcance jurídico de un *joint venture*, en contraste con otros tipos de asociación comercial.

Otras posiciones sobre los contratos de riesgo compartido o *joint venture* señalan otras modalidades, como:

- Acuerdos por los que dos o más empresas se asocian para la realización de un proyecto determinado, independientemente de la forma jurídica que dicha asociación pueda asumir. Se conoce como el *joint venture* en el sentido más amplio.
- En la jurisprudencia estadounidense aparece la *especial partnership* para la realización de un único proyecto, diferenciándose así de la *general partnership*.

- En ciertos estados de Estados Unidos existen particulares organizaciones contractuales en el campo de la actividad minera y, en especial, de la industria petrolera.

- Los *joint venture strictu sensu*.

- Los *joint venture* contractuales son celebrados por algunas empresas con el propósito de compartir los riesgos pero formar una sociedad con personalidad propia.

- Los *joint venture* internacionales. Es cuando este contrato se realiza con la participación de distintas nacionalidades. Pueden revestir dos formas: *joint venture* de capitales o *joint venture* contractuales.

Para nosotros el *joint venture* es un contrato *sui generis*, con elementos y características peculiares; es un contrato atípico, por carecer de una regulación normativa específica y asimismo es un contrato innominado, por no tener una definición única y propia.

6. Características del *joint venture*

Como ya hemos señalado, este acuerdo asociativo se realiza entre dos o más personas naturales o jurídicas con un objetivo común, por un tiempo determinado, sin que esto signifique la existencia de una entidad con personalidad jurídica propia. Por su parte, la jurisprudencia internacional y nacional ha ido definiendo las características propias de este tipo de asociaciones ya que no existe ninguna regulación específica al respecto; en ese sentido, los *joint venture* tienen algunas características y entre las que más resaltan tenemos:

- **Es un contrato de colaboración.** Entre las partes existe una contribución destinada a un fin económico-comercial, es decir un esfuerzo común. La contribución puede darse en forma de bienes, derechos, dinero, tecnología, industria, mercados, entre otros. Se trata de contribuciones destinadas a crear una comunidad de intereses.
- **Tiene carácter *ad hoc*.** Es propio del contrato estar destinado a un proyecto determinado. Esto no quiere decir brevedad, pues puede

⁴⁶ Ver Constitución Política del Perú de 1993, artículo 63.

⁴⁷ Véase Código Civil del Perú, del 14 de noviembre de 1984, especialmente el Libro X sobre Derecho Internacional Privado, artículo 2046 y ss.

⁴⁸ Ver, Arias Schreiber Pezet, Max y Arias Schreiber Montero, Ángela. (1994).

sucedir que la ejecución de la empresa no sea inmediata, que se alargue en el tiempo o se haga por partes.

- **Es consensual.** Siendo atípico, la ley no prevé formalidad alguna. En la práctica se da por razones de seguridad jurídica.
- **Se participa en las pérdidas en general.** Salvo excepciones, de modo que este no es un elemento fundamental
- **Hay participación en las utilidades.** Se entiende por la búsqueda de la utilidad común.
- **Existe reciprocidad en las facultades de representar y obligar a la otra u otras partes respecto de terceros.**
- **Es un contrato oneroso por la coexistencia de beneficios y pérdidas.** Es también de prestaciones recíprocas.
- **No se disuelve con la muerte de uno de sus integrantes.**
- **Entre las partes se deben estricta lealtad.**
- **Atipicidad.** El *joint venture* no está regulado por la ley nacional.
- **Ausencia de personería jurídica.** Es decir, de regulación como contrato societario. Su flexibilidad contractual es atractiva para la asociación temporal de empresas y genera, a la vez, ventajas. Por consiguiente, estas formas asociativas son utilizadas por empresas que tienen intereses en común y que, por presentar carencias o dificultades para lograr un fin específico, no pueden encarar individualmente el proyecto.
- **El *joint venture* no constituye sociedad.** No es sujeto de derecho aún cuando aparentemente presenta las características de tal como tener un nombre; un domicilio; libros contables; un patrimonio integrado por el fondo común formado por el aporte de los miembros, si es que no se ha acordado que tales aportes se efectúen a medida que sea necesario; créditos

y deudas; un estatuto; órganos de gobierno; un representante o representantes facultados para abrir y cerrar cuentas bancarias, girar, endosar y cobrar cheques. A pesar de esta estructura de funcionamiento no nos hallamos frente a una sociedad; lo que acontece es que la gestión del negocio puede estar a cargo de todos los partícipes del contrato o solamente de algunos de ellos, los mismos que pueden actuar directamente o mediante representante o representantes. En esencia se trata de una relación puramente contractual donde cada parte conserva su propia identidad, lo que le da la agilidad necesaria para que sus miembros puedan adecuar su relación contractual a las circunstancias que rodean al negocio que desean emprender.

7. Tipos de *joint venture*

La doctrina mayoritariamente⁴⁹ considera cuatro modalidades para este tipo de contratos innominados:

- a) **Por su modalidad legal y/o organizacional.** Esta primera clasificación a su vez tiene dos modalidades: la societaria y la contractual.
 - *Joint venture* societaria. Es una organización empresarial que da origen a una nueva entidad o a una nueva sociedad con las implicancias jurídicas que ello significa por su rigor y complejidad con la diversidad de las leyes de cada país. Está ligada al sistema jurídico del *Civil Law*.
 - *Joint venture* contractual. Consiste en una relación contractual que no da origen a una nueva entidad jurídica. Pragmatismo, flexibilidad, autonomía, son características inherentes a este *joint venture*. Está ligada al sistema jurídico del *Common Law*.
- b) **Por su contexto geográfico.**
 - *Joint venture* nacional. Son las creadas por socios con idéntica nacionalidad y dentro de su país de origen

⁴⁹ Véase, Miquel Rodríguez, Jorge. (1998). p. 429; asimismo Miranda Alcántara, Manuel Iván. (2003). p.321. Otras modalidades las tenemos en Bravo Melgar, S. (1997). pp.374-379. Casi todos los autores coinciden en comentar que dentro de las modalidades de los contratos de colaboración empresarial tenemos al *joint venture*, que es una agrupación no societaria sino contractual de sociedades en operaciones civiles y comerciales, en que existe la división del trabajo y de las responsabilidades. Estos contratos permiten generar una relación jurídica destinada a explotar un negocio, proyecto en común, o una actividad económica específica por un tiempo determinado, sin constituir una sociedad o persona jurídica, acordando los asociados aportar bienes materiales, asumir gastos, participar en las utilidades, así como responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada.

- *Joint venture* internacional. Son las creadas por socios de diferentes nacionalidades. Se considera como socio local el que tenga el domicilio social en el país donde se instale el *joint venture*.

c) Por el tipo de contrato o acuerdos de las partes.

- Para proyectos manufactureros.
- Para proyectos comerciales.
- Para las industrias extractivas.
- Para proyectos de construcción.
- Para proyectos de turismo.
- Para proyectos agropecuarios y agroindustriales.
- Para proyectos comerciales.
- Para proyectos de investigación y desarrollo.
- Para proyectos de actividades financieras.
- Para proyectos de prestación de servicios.

d) Por el rol o desempeño de los socios.

- *Joint venture* con un socio dominante. Significa que el emprendimiento está básicamente controlado o dominado por un socio que juega un rol activo, mientras que el otro socio tiene un rol pasivo.
- *Joint venture* de administración y operación compartida. Significa que ambos socios juegan un rol activo en la administración y gerenciamiento de la empresa.
- *Joint venture* independiente. Significa que ninguno de los socios juega un rol activo. El papel fundamental en el proceso de toma de decisiones, en la administración y operación de la empresa o el proyecto recae en manos de un gerente general, que habitualmente no proviene de ninguno de los socios.

e) Por su contexto geográfico.

- *Joint venture* nacional. Son las creadas por socios con idéntica nacionalidad dentro de su país de origen.
- *Joint venture* internacional. Son las creadas por socios de diferentes nacionalidades. Se

considera como socio local el que tenga el domicilio social en el país donde se instale el *joint venture*.

8. Estructura funcional del contrato de *joint venture*

La doctrina, en su mayor parte, coincide en afirmar que uno de los elementos más importantes en la creación o establecimiento de un *joint venture* es la comunicación, ya que es indispensable que las empresas que van a crear un convenio de esta naturaleza establezcan claramente sus propósitos y expectativas con respecto al mismo⁵⁰. También en el acuerdo de *joint venture* deben establecerse claramente las cuestiones relativas al control de la empresa, las aportaciones del capital, la división de las utilidades, la administración de la empresa, apoyo financiero y terminación⁵¹.

Algunos de estos puntos son incluidos en documentos anexos como los manuales de operación, contratos de dirección, contratos y licencias de tecnología, contratos sobre el suministro de la materia prima, sobre la distribución de los productos, entre otros.

El proceso de formación de un *joint venture* es complejo y pasa por varias etapas. Entre estas tenemos:

- Identificación de objetivos.
- Selección del socio venturistas.
- Intercambio de información confidencial.
- Preparación de una carta de intención.
- Elección de la forma del negocio.
- Identificación de los problemas entre socios.
- Redacción de convenio de *joint venture*.

En el acuerdo de intenciones, generalmente se establecen la descripción de objetivos comunes, acuerdos sobre la realización de un estudio de factibilidad, aportes de información de cada participante, compromiso de confidenciabilidad recíproco y por un plazo variable que puede abarcar la duración total del proyecto, plazo para tomar decisiones luego de la concreción y entrega del acuerdo de factibilidad, ausencia de responsabilidad de los partícipes por el abandono del proyecto con o sin motivo, explicación de gastos comunes

⁵⁰ Sierra Alta, Aníbal. (1997).

⁵¹ Malca Guaylupo, Oscar. (1995). p. 15.

y propios de cada firmante y renuncia a reclamos por gastos unilaterales en demasía. Hasta aquí se extiende el documento previo el contrato de *joint venture*, sin que la vinculación genere una responsabilidad precontractual.

Ahora es oportuno señalar que la carta de intención puede dar lugar:

- A un acuerdo de cooperación entre partes que se mantienen independientes.
- A un *joint venture* cooperativo (marketing o investigaciones comunes).
- A un *joint venture* de concentración que deberá ser al menos un *joint venture* de producción conjunta.

Estas etapas se pueden resumir en la práctica en conversaciones preliminares, acto de intención sobre la posibilidad de su futuro negocio, convenio de *joint venture* propiamente dicho y acuerdos complementarios. Otros autores como Tamez de Gyves⁵² describen tres elementos que normalmente integran un contrato de *joint venture*:

a) Cláusula de propósito y alcance del *joint venture*. En el proceso de generar el contrato de *joint venture* los socios requieren detallar el propósito y las metas del mismo así como su alcance. El contenido y los acuerdos deben ser lo más amplios posibles y, al mismo tiempo, precisos y claros para desarrollarse y permitir un crecimiento del negocio, para que los contratantes estén de acuerdo en los propósitos y metas de esta nueva aventura-empresa.

La finalidad se plantea mediante esta cláusula para guiar las acciones futuras de los socios en relación a la empresa y, de esa manera, tener una base transparente para medir el servicio del *joint venture* y establecer si se están cumpliendo o se están desviando de los objetivos originales pactados.

Esta cláusula también ayuda a diferenciar el trabajo del *joint venture* y las actividades que los socios pudieran realizar en sus empresas de manera independiente; esto será clave para que los socios salven discusiones en relación a las empresas que tuvieron.

El propósito de un *joint venture* no debe ser propiciar una división de mercados o el establecimiento de algún monopolio, ya que se

incurriría en un hecho ilegal; por el contrario, debe tener un propósito netamente comercial⁵³.

En los acuerdos preliminares, las partes contratantes deben señalar que mediante la constitución de la nueva empresa van a aportar recursos, productos y tecnología a un mercado el cual, en respuesta a esto, los ayudará a comercializar los productos de sus propias empresas, fuera del *joint venture*.

b) Condiciones de la firma del contrato de *joint venture*. No es exigencia que los contratantes firmen un contrato de *joint venture* con las formalidades que se pide en un contrato nominado pero, por lo general, se establecen acuerdos preliminares en las respectivas cláusulas en relación a las condiciones para la firma del mismo. Esto quiere decir que en el periodo de negociación se pueden elaborar diferentes documentos colaterales como el establecimiento de las políticas de operación de la empresa, la forma de las contribuciones de parte de cada uno de los contratantes, entre otros. Los acuerdos adyacentes o auxiliares regulan las relaciones entre las partes contratantes y el *joint venture* y, de esa manera, establecerán todos los agregados y temas relacionados con las aportaciones de cada uno de los socios, las reglas de operación de la nueva empresa, y todos lo relacionado a la misma.

c) Documentos auxiliares o colaterales al contrato de *joint venture*. Entre los acuerdos auxiliares o colaterales podemos citar los siguientes:

- Convenios de administración y dirección. Se constituye todo lo relacionado a la administración y dirección de la empresa, los socios y sus responsabilidades; en otras palabras, se debe indicar con claridad quien administrará y dirigirá la empresa, así como los gastos que se originen y la forma de pago.
- Contratos de transferencia de tecnología. Se incluyen para proteger a quien aporta la tecnología en el caso de que el *joint venture* llegase a tener problemas en su aplicación.
- Convenios acerca del mercadeo y la distribución. Se establecerá la forma de distribución de los productos o servicios y si estos van a ser exclusividad del *joint venture* o si

52 Tamez de Gyves, José Luis.

53 Autor. (1993).

se pueden incluir los productos y servicios que elaboren o vendan las empresas contratantes.

- Acuerdo acerca del uso de marcas y patentes. Se indica con claridad cuáles son los derechos de cada uno de los contratantes por separado y como parte del *joint venture* en cuanto al uso de marcas o patentes, así como para la comercialización de sus productos y, si se diera la disolución o terminación del contrato, se establece a quién correspondería la propiedad de dichos derechos, marcas y patentes.

9. Aportaciones de capital y constitución de la empresa

La constitución de la sociedad está supeditada a distintos factores: si más adelante se convertirá en una empresa pública, cómo piensan beneficiarse los socios con las utilidades de la empresa, lo más conveniente en materia fiscal, entre otros.

La sociedad se puede constituir de cualquiera de las formas previstas en la legislación empresarial del país en el que se vayan a constituir; es decir, podría ser una Sociedad Anónima Abierta, Sociedad Anónima Cerrada, de Responsabilidad Limitada o cualquier otro tipo de sociedad previsto por la norma legal.

10. Administración

La administración de un *joint venture* es importante ya que muchas veces la falta de gestión lleva incluso a su disolución. Dentro del contrato de *joint venture* se debe especificar lo referente a administración de empresa⁵⁴ en tres formas: perfilar los detalles administrativos del funcionamiento corporativo tales como auditorías, presupuestos y políticas del dividendo; todo lo referente al manual operativo que regula la forma en que todas las operaciones se llevarán a cabo; y lo que se refiere a la estructura interna de la empresa, el organigrama de la misma, describiendo las funciones y autoridad de cada puesto.

Es importante tener en consideración todo lo relacionado a la contabilidad de la empresa por las características de la firma del contrato entre dos empresas de dos o más países y en los que la regulación jurídica determinará cuales son los

requisitos para la conducción de su contabilidad según las leyes del país donde se desarrolle el negocio.

11. Obligaciones legales

Todos los países tienen normas distintas y específicas en relación a los actos de comercio, la inversión extranjera y la constitución de las sociedades, razón por la cual en el contrato de *joint venture* y en los documentos colaterales, después de analizarlos exhaustivamente, se establecerán las normas aplicables al caso concreto; de esta manera, se cumplirán los requisitos legales, y la constitución de la sociedad y el *joint venture* serán admitidos dentro de los derechos sobre la propiedad intelectual e industrial (el uso de la tecnología o acerca del desarrollo de la misma), las cláusulas relativas a impuestos (pago y deducciones de impuestos), y la cláusula de moneda (se debe fijar en el contrato el tipo de moneda que se tomará como base para todas las transacciones referentes al *joint venture*).

Sobre la propiedad intelectual, es fundamental que se introduzca una cláusula que especifique todo lo relacionado al uso de la tecnología. Casi siempre cuando uno de los socios que aportará la tecnología es quien propone en qué se va a utilizar, así como la forma en que se concederán las licencias para utilizar la tecnología, los demás socios deben estar de acuerdo en la forma y en el fondo de la conducción en el *joint venture* y, en el caso de un fracaso, se decidirá con quién se quedan las licencias. En el caso de la tecnología, si las licencias regresan al socio que las aportó, se tiene que llegar a un acuerdo para determinar la forma cómo la tecnología aportada será registrada a nombre de un socio o del *joint venture*. Es de recordar que en estas situaciones se estila redactar documentos colaterales para evitar desacuerdos entre los socios.

12. Cláusulas relativas a impuestos

En el contrato de *joint venture* deberá incluirse la cláusula de pago de impuestos, deducciones, entre otros, considerando que todo país tiene su propia normatividad que regula este ámbito, para lo que se deberá indicar quién asume la responsabilidad del pago de impuestos, si es uno de los socios o a la empresa, así como la forma en que se realizará.

⁵⁴ Marzorati, Osvaldo J. (1996). p.341.

13. Cláusula de moneda

Se indicará el tipo de moneda que se utilizará en las transacciones concernientes al contrato de *joint venture* para brindar seguridad a los inversionistas, más aún si son extranjeros. Si se diera el caso de que el socio es de un país cuyo cambio es variable entonces se fijará la forma de establecer el tipo de cambio.

Se recuerda que siempre debe estar presente el abogado o consultor en las reuniones y mesas de negociación donde se acuerden las metas, propuestas, así como las expectativas y propósitos de la nueva empresa. Los compromisos a que se llegue se concretarán en un documento escrito para que las partes que suscriban el *joint venture* sepan cuáles son sus derechos y obligaciones.

14. Derechos y obligaciones de las partes

Los propósitos y los fines son uno solo, por lo que las partes que suscriben deben de participar conjuntamente en la gestión y administración del proyecto compartido. Entre las obligaciones de las partes que intervienen en un *joint venture* podemos mencionar:

- Participar en el fondo común que viene a constituir la base económica para cumplir la gestión del proyecto.
- Cumplir el convenio en todo lo relacionado con el uso en común de los bienes y servicios, propios y conjuntos, que están destinados a la actividad del *joint venture*.
- Cada una de las partes es un representante natural de las demás, en todo aquello que esté relacionado a la operación conjunta.

15. Debilidades y fortalezas de los *joint venture*

Entre las debilidades se pueden comentar las siguientes:

- Mayor inversión de capital y recursos humanos.
- Riesgo de discrepancias frente a estrategias y prioridades entre los socios.
- El *joint venture* está particularmente limitado a aquellas relaciones dirigidas a los efectos de un negocio y un beneficio comercial, y no comprende todos los negocios o actividades profesionales de los miembros participantes.
- Necesidad de una mayor inversión de capital.

- Un riesgo muy alto.
- Posibles conflictos con los socios.
- Una empresa que ingresa a un *joint venture* con el aporte de su tecnología corre el riesgo de perder el dominio de la misma ante su socio. Solo podrá disminuir ese riesgo con una participación mayoritaria de acciones; de esta manera podrá ejercer el control sobre su *know how*.
- No contribuye a la compañía estricto dominio y conocimiento del desarrollo comercial del producto, acción que será inevitable en el momento de alcanzar mayor eficiencia de costos para seguir manteniendo vigente la ventaja competitiva ante las exigencias de sus competidores.

En cuanto a las fortalezas se pueden comentar las siguientes:

- Los beneficios son a largo plazo por el gran capital que tienen, así como la tecnología de punta, los servicios y la capacidad de compra de cualquier tipo de productos
- Se puede tener mayor participación en el capital e influir en la conducción de la nueva empresa, más no el control total. En cuanto a la producción y marketing, se puede tener el control mayoritario y de esa manera tener acceso a los canales de distribución y contactos para tener un mejor conocimiento del mercado.
- La aproximación y mejor conocimiento del mercado pueden servir para competir en mejores condiciones en los mercados internos e internacionales.
- Dos empresas ubicadas en diferentes países y del mismo sector, con ventajas competitivas diferentes, al asociarse obtienen una mayor reciprocidad siempre y cuando tengan experiencia en el marketing internacional.
- La realización de compras conjuntas ayudan a concretar mejor las negociaciones con los proveedores, así como a realizar promociones e intercambios de estrategias.
- Los contratos *joint venture* tienen una mejor empleo de las ventajas comparativas de cada una de las partes y, de esa manera, se pueden atender trabajos de alta especialización e ingentes recursos.
- Si es necesario la constitución de un local propio, se necesitará menos inversión de capital.

16. Cuáles son las ventajas de un *joint venture*.

Los beneficios de implementar un *joint venture* deben revisarse de dos maneras: para el socio del lugar y para el socio extranjero.

a) Para el socio del lugar.

- Tiene la posibilidad de aumentar las ventajas competitivas de la empresa.
- Se accedería a nuevos mercados, lo que aumentaría las ventas y las ganancias.
- Acceso al capital y financiamiento extranjero.
- Se extiende el número de clientes.
- Se ahorra dinero compartiendo costos de operación, de publicidad y marketing.
- Se ahorra tiempo compartiendo la carga de trabajo y recursos que serían imposibles de utilizar actuando solo.
- Ofrecer a los clientes nuevos productos y servicios; asimismo, servirse del *know how*.
- Manejar mayor información con la posibilidad de ganar nuevos asociados en el negocio.

b) Para el socio del extranjero

- Participa en la gestión de la gerencia del lugar.
- Participa en el financiamiento local.
- Acceso al capital local.
- Empleo de la mano de obra del país.
- Acceso a las relaciones, contactos e influencias de todo orden del socio local.

17. Motivos para la formación de un *joint venture*

Toda empresa que busca nuevos mercados previamente realiza una evaluación interna en base a sus objetivos estratégicos y las posibilidades de negocio que tenga en su planeación. Esto se expresa en un conjunto de motivaciones que vienen a ser el impulso y el inicio del cambio hacia un *joint venture* y estas motivaciones pueden ser de imagen, transferencia de nuevos mercados, presión del país anfitrión, facilidades tributarias y fiscales, control de los recursos y de las materias primas, riesgos compartidos, legislación antimonopolio y facilidades en el uso de la mano de obra.

Al respecto existen criterios diferentes y hemos tomado en consideración a Fernández Sánchez⁵⁵ que sintetiza los motivos de la siguiente manera:

Cuadro N° 1. Motivo para la formación de un *Joint Venture*

	Productos actuales	Productos nuevos
Mercados Actuales	<ul style="list-style-type: none"> Fortalecer los negocios actuales Conseguir economías a escala MKT y distribución, etc. Adquirir tecnología Reducir el riesgo financiero 	<ul style="list-style-type: none"> Promover las importaciones MKT y distribución Desarrollar tecnología Incorporación de la tecnología del socio extranjero
Mercados Nuevos	<ul style="list-style-type: none"> - Introducir los productos actuales en nuevos mercados Mercados cerrados Mercados abiertos 	<ul style="list-style-type: none"> Diversificarse hacia nuevos negocios Aprender del socio Aprender con el socio

18. Problemas más frecuentes que enfrenta el *joint venture*

Generalmente los problemas de orden económico y político son los que pueden llevar al fracaso de un *joint venture*. Así tenemos la adaptación a una cultura distinta en el caso de *joint venture* extranjeros; deficiente integración y comunicación entre los socios, propiciando pérdidas y divergencia en cuanto a los objetivos estratégicos; elevación de los precios o depresión de los costos; cambios imprevistos en la economía del país exterior o acciones gubernamentales negativas del país receptor.

19. La aplicación del *joint venture* en el Perú

Nuestro país, aún con sus dificultades políticas, sociales y económicas, constituye un ámbito importante para hacer negocios, pero la figura jurídica del *joint venture* no ha sido muy difundida, principalmente por la falta de una visión empresarial competitiva, así como por la falta de estudios o estadística de las empresas que han hecho o están haciendo *joint venture*. Esto podría ocurrir porque este tipo de negociación no se registra en ninguna entidad (los *joint venture* son un contrato pactado que no está obligado a crear una nueva sociedad y menos registrarlo). Evidentemente esto lleva a que no se conozcan con exactitud los efectos que tienen estos contratos en el desarrollo del país.

El *joint venture* no solo permite la complementación de recursos financieros, conocimientos tecnológicos, equipos e investigaciones, derechos de explotación, mercados de consumo, etc., para

⁵⁵ Ver, Fernández Sánchez, Esteban. (1996). Op.Cit. p.430.

la realización de importantes y complejos proyectos, sino que facilita la privatización de empresas del Estado y la captación de inversión generada mediante la inversión extranjera, asegurando nuevos mercados de exportación, tal como sucedió en el Perú.

Debe recordarse que el Decreto Legislativo N°662⁵⁶ que establece las normas fundamentales sobre estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras, contempla entre sus modalidades promotoras al *joint venture*.

Esta estrategia de colaboración empresarial debería ser más utilizada por los gobiernos regionales y locales en la construcción y modernización de puertos, aeropuertos y carreteras, teniendo en cuenta la austeridad de las finanzas públicas nacionales, compensando estas deficiencias presupuestales del tesoro público con alianzas estratégicas de cooperación empresarial. En la actualidad son muchas las razones y consideraciones económicas y legales que se tienen en cuenta como parte de una estrategia de inversión de capital pero en nuestro medio esto se da principalmente porque la inversión ya no se realiza de manera directa, sino a través de alianzas empresariales como el *joint venture*, figura jurídica que nos permite realizar inversiones compartiendo riesgos.

En esa orientación diríamos que este tipo de contrato, utilizado como alianza estratégica, ha sido muy útil en los procesos de privatización de la década de los noventa Y estos procesos, en su mayoría, se realizaron por medio de empresas regularmente constituidas en el país que utilizaron este contrato como una alianza contractual y temporal con los inversores extranjeros para participar en mercados hasta ese entonces ignorados. Hoy esas mismas posibilidades se abren frente al desafío de los más de diez Tratados de Libre Comercio (TLC) que hasta la fecha ha suscrito el Perú.

La figura de este contrato nos permite una relación jurídica orientada a un proyecto común en un determinado negocio o actividad económica que, sin constituir una sociedad o persona jurídica, por acuerdo de las partes, pueden aportar bienes materiales, gastos, participar en utilidades, y solidariamente e ilimitadamente, responder por las pérdidas. Nuestra economía emergente y una reciente visión empresarial competitiva vienen generando un espacio importante para hacer

negocios y el sistema del *joint venture* empieza a difundirse y tomar relevancia en este nuevo contexto, aunque con limitaciones relacionadas principalmente con estudios o estadística de las empresas que han hecho o están haciendo un *joint venture*.

Sin embargo, pese a las limitaciones expuestas, a nuestro criterio hemos podido identificar algunas prioridades de las empresas peruanas para formar un *joint venture*, entre las que podemos citar: inversión extranjera en operaciones; penetración de mercados y cobertura más competitiva; inversión y desarrollo (I+D) para elaborar nuevos productos y mejorar la capacidad productiva para el comercio exterior; acceso a ventajas tributarias; incorporación de nuevas tecnologías y *know how* de gestión; incremento de rentabilidad; participación conjunta de capitales en empresa común, entre otras.

UNDERWRITING

1. Nociones previas

La palabra *underwriting* es de uso muy común en los medios comerciales y financieros; deriva del verbo inglés “*to underwrite*” que en español significa suscribir o rubricar. Otros indican que la traducción semántica a otros idiomas no concierne *in strictu sensu* al tipo de operaciones que se hallan encuadradas bajo este término.

Los orígenes del *underwriting* se remontan a los principios del seguro marítimo, cuando aseguradores o tenedores de riesgos se sentaban en el Lloyd's Coffee House y escribían sus nombres bajo el contrato de seguro por el monto del riesgo que asumían sobre el viaje del barco que se aseguraba, ya que las firmas eran patentizadas al pie del texto del contrato. En ese sentido se deduce que el contrato tuvo origen anglosajón en el siglo XIX, coincidiendo con el crecimiento de la gran empresa industrial de ese entonces, cuando surge la conveniencia de recurrir al crédito del público. Así aparecieron empresas especializadas que se dedicaban a la promoción de títulos valores y a la búsqueda y colocación de los mismos entre el público inversionista.

El *underwriting* era utilizado por el asegurador ante un riesgo, emitiendo una póliza de seguro; por otro lado era utilizado para autorizar un con-

56 Véase Decreto Legislativo N° 662, Aprueba Régimen de estabilidad jurídica a la Inversión Extranjera, del 02 de septiembre de 1991.

venio de suscripción o colocación de valores con sus particularidades propias. Como vemos tienen dos alcances distintos: el primero relacionado con la actividad aseguradora y el segundo, con el medio financiero y mercantil.

2. Algunos apuntes legislativos del *underwriting*

Podemos encontrar la regulación de este contrato en Estados Unidos a través del Acta Steagall de 1933, que es una ley federal referente al registro de títulos valores que estarían colocados al público incorporando, además, toda la información correspondiente al emisor y la oferta. Esta acta exige al emisor diversas obligaciones con el fin de proteger a los posibles inversionistas. La declaración de este registro debe estar acompañada de una completa información financiera.

En Argentina esta modalidad contractual es regulada por la Ley 18.061⁵⁷ que describe por primera vez la modalidad contractual del *underwriting*.

Así en su artículo 18 establecía que “*los bancos de inversión podrán... d) realizar inversiones en valores mobiliarios vinculados con operaciones en que interviniere, pre financiar sus emisiones y colocarlas*”. En cambio en Brasil, este contrato está regulado por la Ley N° 6385 de 1976, Ley del Mercado de Capitales y otras normas reglamentarias, dadas por la Comisión de Valores Mobiliarios (CMV), que han difundido el contrato de *underwriting*.

En el Perú, esta figura ha ido evolucionando gradualmente debido a las exigencias del mercado. Su aplicación se ha efectuado por diversas normas, entre éstas tenemos las siguientes: Decreto Supremo N°187-70-EF⁵⁸, Reglamento del Decreto Ley N°18302⁵⁹, Decreto Supremo N°576-84-EFC, Decreto Supremo N°089-84-EF, Decreto Supremo N°125-87-EF, Decreto Legislativo N°861 del Patri-

monio en Fideicomiso⁶⁰, la Ley N°26702⁶¹, en su artículo 221, incisos 9 y 18, entre otras normas afines⁶². Es importante mencionar que no existe una norma específica que regule este contrato.

3. Definición

Este mecanismo permite incentivar el desarrollo del mercado de capitales y en especial el mercado accionario; en ese sentido existen diferentes definiciones.

Arrubla Páucar define que el contrato de *underwriting* es el celebrado entre una entidad financiera con una sociedad comercial, por medio del cual la primera obliga a prefinanciar, en firme o no, títulos valores emitidos por la segunda para su posterior colocación entre el público; admitiendo también la modalidad en la cual no se asume el prefinanciamiento sino que pone su mejor esfuerzo para lograr colocar los valores⁶³.

Villegas indica que el contrato celebrado entre un banco y una sociedad de acciones, por medio del cual el primero se obliga a prefinanciar, en firme o no, acciones, *deventures* u otras obligaciones emitidas por la sociedad para su posterior colocación⁶⁴. En cambio Arias-Schreiber⁶⁵ define el *underwriting* como un contrato donde una entidad financiera prefinancia una sociedad anónima mediante la emisión de acciones, a la vez que se compromete a colocar esos títulos en el mercado luego de ser emitidos. El banco adelanta estos fondos que después intentará recuperar, para lo cual interesará a potenciales inversores en la adquisición de dichos títulos valores. A través de esta operación, la empresa transfiere el riesgo de la colocación de esos títulos a una entidad financiera que lo asume con la intención de obtener una ganancia⁶⁶.

57 Ley N°18.061, promulgada el 15 de enero de 1969.

58 Ver Decreto Supremo N.° 187-70-EF

59 Véase, Reglamento del Decreto Ley N°8302. Comisión Nacional de Valores que debe normar las actividades Bursátiles del mercado, de 02 de junio de 1970.

60 Véase, Decreto Legislativo N.° 861 fundamentalmente sobre patrimonio en Fideicomiso, Título XI instrumentos de titulación, patrimonio en fideicomisarias o trupal.

61 Ley N°26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de diciembre del 2004, modificada por Ley N°28579, del 08 de julio del 2005.

62 Ver Ley N°26702. Texto concordado de la Ley General del Sistema Bancario y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, especialmente el subcapítulo II: Fideicomiso Normas comunes al sistema financiero y al sistema de seguros, modificado entre otras normas, siendo la última la Ley N°29654, del 18 de enero del 2011.

63 Arrubla Páucar, Jaime Alberto. (1992). p.214.

64 Villegas, Carlos Alberto. (año). Para Linares Breton, S. (1970) es un acto jurídico por el cual se prefinancian valores mobiliarios y se les coloca en el mercado de valores.

65 Véase, Arias-Schreiber Pezet, Max . (1998). p.330.

66 Ibid. p. 334.

4. Importancia

Para la empresa es importante poseer capacidad económica y administrativa para financiar y asesorar la emisión y así, más adelante, pueda colocar los títulos en el mercado y alcanzar el éxito en la colocación.

5. Objetivo

El *underwriting* tiene como objetivo principal trasladar al mercado el total de la emisión, de esta manera, al finalizar el convenio, los títulos puedan estar con inversionistas particulares o institucionales, entendiéndose que el rol que desempeñan las entidades financieras no es adueñarse de las propiedades de la empresa sino la de ser intermediario en el ámbito financiero, posibilitando el desarrollo de un mayor mercado de capitales y, como consecuencia, la obtención de recursos limpios para las empresas privadas o públicas.

6. Partes que integran el *underwriting*

Como bien sabemos, el contrato de *underwriting* es un contrato bilateral y las partes del contrato son dos: la empresa que encarga la emisión y; la que se compromete a efectuar la colocación

La entidad que encarga la emisión es obviamente aquella que requiere fondos que no puede o no quiere obtener a base de créditos bancarios o financieros, ni tampoco encuentra eco en sus acciones para un aumento de capital. Se denomina usualmente como la emisora. A su vez, el otro sujeto es la empresa especializada en esta clase de operaciones, la que se hace cargo del servicio de colocación de los títulos valores y se le conoce como la colocadora o *underwriting* el cual se instituye en un banco comercial, banco de inversión, o compañía financiera, banco de desarrollo⁶⁷

7. Naturaleza jurídica

En lo referente a la naturaleza jurídica del contrato de emisión y colocación de títulos y valores en el Perú, podemos decir que viene a ser un contrato *sui generis* que carece de legislación específica propia, y que tendría que ser adecua-

damente legislado, sin que esto signifique que no tenga afinidad con las instituciones contractuales tradicionales.

Este contrato viene a ser novedoso y complejo ya que no sólo abarca la colocación de los títulos valores, sino que incorpora -al mismo tiempo-, diferentes servicios de asesoramiento. Este instrumento de financiamiento, si está bien organizado, ayuda al financiamiento oportuno. Para otros se trata de un contrato de crédito, autónomo, consensual, bilateral, innominado, atípico y no formal.

En términos generales, el contrato de *underwriting* es un contrato atípico puesto que no cuenta con una norma específica y propia que lo regule en nuestro país. A su vez es un contrato eminentemente comercial de orden bancario-financiero. Asimismo es un contrato de cooperación empresarial puesto que no debemos olvidar que la colaboración empresarial genera una relación jurídica obligacional de naturaleza contractual ya que su acto de constitución es un negocio jurídico de carácter patrimonial. El carácter patrimonial radica en la actividad comercial a la que se comprometen las partes contratantes. En el contrato de *underwriting* existen intereses comunes para las partes, que se traducen en los beneficios procurados.

8. Características

El *underwriting* enmarca características estructurales y funcionales a las que nos referiremos en términos generales:

a) Características estructurales

- Un contrato consensual. Ya que éste se perfecciona con el consentimiento de las partes. A tal efecto nos referimos a lo establecido en nuestro ordenamiento civil el cual en el artículo 1352°, *in strictu sensu*, señala *adpedem litterae*: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley, bajo sanción de nulidad”⁶⁸. Siendo el contrato de *underwriting* un contrato *ad probationem* es, por ende, consensual.

⁶⁷ Podemos definir también que el contrato de *underwriting* es un contrato bilateral y las partes del contrato son dos: Por un lado, el *underwriter*, el cual se instituye en un banco comercial, banco de inversión, compañía financiera, o banco de desarrollo, La otra parte contratante se halla enmarcada en una entidad, institución o sociedad emisora de valores mobiliarios a negociar en el mercado de valores, la cual es concretizada por medio del contrato de *underwriting*.

⁶⁸ Ver, Código Civil del Perú, del 14 de noviembre de 1984.

- Es bilateral. Ello en mérito a la existencia de dos partes contratantes, las cuales se hallan constituidas por la sociedad emisora de valores mobiliarios y por la colocadora de los mismos en el mercado. Cabe señalar que el *underwriting* es sinalagmático, ello en virtud a la existencia de contraprestaciones (obligaciones recíprocas).
- Es un contrato moderno. El *underwriting* es considerado moderno en nuestro medio por los pocos años de aplicación con que cuenta.
- Es oneroso. Puesto que las contraprestaciones entre las partes son gravosas, vale decir generan gasto, son valubles monetariamente.
- Es atípico. En nuestro medio no existe una norma específica que regule *in strictu sensu* al *underwriting*, por ende, éste se ceñirá a normas supletorias y, de ser el caso, al Código Civil. Recordemos lo indicado por el artículo 1353 que dice: “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”⁶⁹, asimismo a los usos y costumbres del comercio en general. Cabe recordar que en esta modalidad contractual impera la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.
- Es no formal. *O ad probationem*, ello en virtud a que no existe una forma obligatoria revestida por ley para su celebración.
- Es un contrato bancario-financiero. Puesto que su estudio *in strictu sensu* se halla comprendido dentro del derecho bancario-financiero. El *underwriting* se instituye en una nueva modalidad de financiamiento que la banca moderna pone al servicio del desarrollo de las empresas, anticipándoles fondos contra la entrega de emisiones de acciones u otros títulos valores emitidos por las sociedades anónimas. Es de mencionar que el *underwriting* es una operación compleja que enmarca otros servicios de asesoramiento, tales como estudios sobre la expansión de la empresa, marketing, factibilidad de la colocación de las acciones o títulos emitidos, entre otros.
- Es un contrato principal. El *underwriting* tiene existencia jurídica totalmente independiente de cualquier otra modalidad contractual; por ende, no depende de ningún otro contrato.
- Es innominado. El contrato de *underwriting* no cuenta con una denominación única y uniforme en nuestro acervo jurídico en general.

b) Características funcionales

- Es financiero. Se afirma que el *underwriting* se configura en una nueva técnica bancaria consistente en el financiamiento que obtiene una de las partes. Se puede afirmar que el contrato es, a su vez, una técnica bancario-financiera por las particularidades que comprende.
- Se considera al *underwriting* como un contrato enmarcado dentro del mercado de capitales. La determinación del precio del contrato estará en función del monto de la inversión afectada en la operación y su respectiva recuperación, conforme al plazo acordado para la colocación de la pertinente emisión.
- Canalizador de recursos. El *underwriting*, al intervenir a través de la técnica ya señalada anteriormente, permite la canalización de recursos, viabilizando la transferencia de los mismos desde los oferentes hacia los demandantes de los fondos, con el objetivo de capitalizar, desarrollar y expandir las empresas.
- De servicios. El empleo del *underwriting* significa también la posibilidad de prestar servicios accesorios tales como diversos asesoramientos que forman parte integrante de la operación descrita con anterioridad. Estos servicios de asesoramiento comprenden estudios sobre la etapa previa al lanzamiento de la emisión de títulos, fundamentalmente sobre la factibilidad de su colocación, así como la expansión y desarrollo futuro de la empresa.
- Es un contrato a plazo. Su celebración es por adhesión, así como por las cláusulas generales de contratación.

9. Estructura práctica y funcional del *underwriter*

Existe una gran diversidad de opiniones en el contenido típico de este contrato, por lo que tomaremos en consideración los que consideramos más importantes resaltando que pueden existir divergencias en algunos aspectos.

A la vez casi todos los autores coinciden en que el contrato de *underwriting* suscrito entre el *underwriter* y el emisor deberá contener al menos

⁶⁹ Ver supra, p. 4.

los siguientes contenidos⁷⁰, tal como se ha podido localizar en el ámbito de la doctrina identificándose nueve entidades participantes, las cuales tienen responsabilidades y tareas claramente definidas y que son:

a) **La empresa emisora.** Viene a ser la empresa que requiere de capital adicional o fondos a largo plazo que se generen a través de la venta de títulos valores al público, para lo cual contrata los servicios de intermediación de entidades financieras, que generalmente son los bancos de inversión, para facilitar la obtención de los recursos. Estas empresas generalmente optan por el procedimiento de *underwriting* para asegurarse la obtención de recursos y por la experiencia de estas instituciones en la colocación de títulos, así como por tener un mejor contacto con potenciales inversionistas.

b) **Gerentes de proyecto.** Su función es importante en el proceso, ya que el éxito depende en gran parte de ellos. El gerente del proyecto casi siempre viene a ser un banco de inversión, por lo mismo que es una de sus actividades, y podemos citar entre sus funciones las siguientes:

- Valorar y dar opinión sobre la capacidad de la empresa emisora para realizar el proyecto y las posibilidades de que la emisión sea aceptada en el mercado.
- Definir al emisor las operaciones financieras que comprende en el mercado.
- Proponer el precio de la emisión.
- Negociar los aspectos relacionados con el monto, comisiones, términos, condiciones y oportunidades que debe ofrecer la emisión.
- Organiza el prospecto de una emisión de acuerdo a la legislación vigente.
- Constituye una sociedad de *co-managers*, *underwriters* y agentes colocadores para distribuir la emisión y definir las cuotas de suscripción.
- Tomar las medidas pertinentes sobre los documentos y trámites legales del convenio, así como mantener el contacto con la parte emisora y con las partes interesadas.

Es bueno tener en consideración que la empresa emisora negocia diversos aspectos:

- Precio de los títulos.
- Comisiones del *manager*, los *underwriters* y los colocadores de la emisión, ídem otros gastos.
- El respaldo del proyecto del gerente del proyecto una vez finalizado el período de la suscripción.
- Los demás términos y condiciones del contrato.

Debe tenerse en cuenta, igualmente, la reputación del banco de inversión, su experiencia en la colocación de títulos valores de empresas similares, así como la capacidad para distribuir con éxito la emisión basándose en el precio y demás condiciones convenidas. Los gerentes de proyectos como los clientes serán muy selectivos al escoger a su contraparte puesto que, para los bancos de inversión, su principal activo es la reputación y un fracaso en el *underwriting* afectaría su imagen bien ganada

c) **Banco de inversión.** Es una entidad especializada en la intermediación de los títulos valores, ya sea en el mercado primario como en el secundario. Habitualmente organizan una estructura piramidal de intermediarios financieros que participan en los esfuerzos de colocación de los títulos valores en el mercado, así como la comisión que el banco cobra al emisor por los servicios brindados. La estructura mencionada se puede dividir de la siguiente manera: *underwriter* o administrador (banco de inversión), *co-underwriter* (otros bancos de inversión), distribuidores (agentes especializados), y comisionistas (puestos y corredores de bolsa). Toda esta estructura se alimenta de la comisión única establecida por el banco de inversión.

Las ventajas que podemos encontrar en la utilización de estos bancos es la posibilidad de acceder a mejores fuentes de financiamiento, así como lograr mayor seguridad en la colocación ya sea de títulos de deuda o acciones, brindando mayor rapidez en la consecución de los objetivos finales de las empresas con sus proyectos. En este caso, para los inversionistas,

⁷⁰ Afirmamos que todo contrato de *underwriting* suscrito entre el *underwriter* y el emisor deberá contener al menos los siguientes contenidos: obligaciones de las partes contratantes; la modalidad del *underwriting*, el precio y las comisiones involucradas en la prestación del servicio; el valor materia del contrato, el marco legal aplicable; las normas de solución de controversias, entre éstas podría estar incluido el arbitraje, etc.; el plazo de vigencia del contrato; las condiciones del pago del *underwriter*, asimismo el precio y el tiempo de liquidación; y otras cláusulas adicionales.

es mucho más fácil hallar la información necesaria o prospecto de la empresa y tomar una mejor decisión. En este caso ambos reeditúan sus costos de oportunidad.

- d) **Underwriters.** El rol fundamental que tiene es asumir el riesgo del mercado y garantizar a la empresa emisora los recursos acordados al colocar la emisión en el público. Para tal efecto, los *underwriters* cobran honorarios por el convenio que contraen al reconocer la emisión y pagarla. El riesgo que asumen puede ser enorme en un mercado muy volátil o cuando la emisora no es muy conocida. Los títulos que no vendan los debe comprar el *underwriter* a un precio prorrateado según el precio de mercado del título, o mantenerlos en su cartera e intentar venderlos posteriormente. Por último reciben una comisión de venta adicional al colocar una parte importante de los títulos.
- e) **Grupo colocador.** Este grupo está conformado generalmente por puestos de bolsa, los cuales no asumen ningún riesgo; al contrario, reciben un porcentaje por los títulos valores para colocarlos. En el día a día, mayormente la colocación es ejecutada por el gerente de proyecto y los demás *underwriters*.
- f) **Asesor legal.** Un asesor legal y, dependiendo de la situación, dos firmas de abogados que representan los intereses de la emisora y del sindicato de *underwriters* que son los que ejecutan todos los procedimientos necesarios para confirmar la legalidad del contrato y la preparación de los documentos que se requieran.
- g) **El inversionista.** Son las personas físicas o jurídicas que obtienen los títulos emitidos. Estos inversionistas pueden ser pequeños o inversionistas institucionales, como las compañías aseguradoras, fondos de pensiones, fondos mutuos, bancos comerciales, bancos de inversión o agentes de valores, entre otros. El número de títulos valores no está restringido a éstos para su compra por los activos financieros de liquidez, rentabilidad y riesgo.
- h) **El agente regulador.** Viene a ser el encargado de regular los diferentes títulos que este sistema brinda.
- i) **Otras entidades.** Aquí se incluye al Ministerio de Economía y Finanzas por el cumplimiento de ciertos requisitos en relación a la regulación y supervisión, principalmente en materia impositiva.

10. Etapas del proceso de constitución de un contrato de *underwriting*

Siguiendo esa misma orientación, en la doctrina existen diversas opiniones sobre los pasos a seguir y, en términos generales, las etapas que componen un proceso de *underwriting* se podrían sintetizar de la siguiente manera:

a) El estudio de la compañía

- Administración; industria y mercadeo; estructura financiera; capacidad de generar ingresos, necesidades de financiamiento; diseño de títulos valores.
- La empresa emisora. Tipo; características; denominación; domicilio; citas de inscripción de la sociedad emisora en el Registro Mercantil; valor nominal; tipo de interés fijado, plazo y forma de pago; número de título, lugar y fecha de emisión; fecha de autorización de la entidad reguladora; lugar de pago; detalle de las garantías; firma de los personeros de la sociedad.

b) Trámite de inscripción de la compañía ante la entidad reguladora del mercado de valores.

- Antecedentes generales, económicos, financieros, legales.
- Preparación del prospecto y aviso de oferta pública.
- Documentación legal y de tipo administrativo.

c) La coordinación de gestiones de mercadeo.

- Presentar proyectos de puestos de bolsa.
- Seleccionar puestos que van a colocar la emisión.
- Negociar condiciones con los puestos elegidos.

d) La oferta pública de la emisión.

- Presentación a inversionistas potenciales.

e) La adquisición por parte del *underwriter* de los títulos no colocados. En caso de que se trate de un *underwriting* garantizado.

Tomando en consideración otros enfoques que la doctrina nos brinda, desarrollaremos otra forma a seguir en ese proceso de constituir un *underwriting*.

En ese sentido el *underwriting*, como contrato complejo, debe tener una ejecución minuciosa

que empieza en los estudios de factibilidad del proyecto de prefinanciamiento y estructuración de la emisión de valores, y debe culminar con la suscripción de éstos, pasando por la obtención de fondos por la emisora.

A ello se añade la asesoría integral que debe brindar el *underwriter* a la emisora y la veracidad de ésta frente a aquél respecto a los datos que ofrezca para sustentar con eficacia el proyecto y arriesgarse lo menos posible al momento de proyectar la emisión al mercado. En ese sentido podemos decir entonces que el proceso mencionado contiene las siguientes etapas:

- a) **Estudio de la compañía.** Calidad de administración; manejo industrial y/o comercial; presencia en el mercado; estructura financiera (estructura de capital de la empresa); capacidad de generar ingresos; necesidades de financiamiento y tamaño de la emisión; condiciones de la emisión, precio, plazo, etc.
- b) **Diseño y elaboración de títulos valores (por el *underwriter* o por la emisora).** Nombre de empresa emisora; tipo; características; denominación; domicilio; valor nominal; tipo de interés; plazo y forma de pago; número de título; lugar y fecha de la emisión; lugar de pago; detalle de las garantías; firma de los representantes de la emisora; trámite de inscripción de la compañía y de valores ante la entidad supervisora (CONASEV); antecedentes generales económicos, financieros y legales; preparación del prospecto y aviso de oferta pública; documentación legal y de tipo administrativo.
- c) **Coordinaciones y gestiones de marketing.** Seleccionar lugares de colocación de emisión; sondeo de probables inversionistas; negociar condiciones con los puestos elegidos
- d) **Oferta pública de la emisión.** Presentación a inversionistas potenciales.

11. Modalidades de un contrato de *underwriting*

En la doctrina especializada hemos encontrado hasta ocho tipos o modalidades de estos contratos; sin embargo, diríamos que más que tipos o modalidades son submodalidades o formas diferentes de *underwriting*. Dentro de las más relevantes tenemos las siguientes:

a) **El *underwriting* en firme.** Aquí el *underwriter*, quien es el que suministra los fondos, se convierte en accionista de la sociedad cliente (emisora) desde el inicio y por la totalidad o parte de las acciones prefinanciadas. Esta modalidad a su vez se bifurca en:

- Adquisición en firme directa. En la cual la entidad financiera es dueña desde un primer momento de todo el paquete accionario emitido.
- Adquisición en firme indirecta. Por medio de ella el *underwriter* se configura en titular de las acciones que no hayan podido ser colocadas directamente por la sociedad emisora luego de transcurrido un determinado tiempo.

b) **El *underwriting* no en firme.** En esta modalidad, el *underwriter* anticipa los fondos pertinentes pero a modo de préstamo, asumiendo la obligación de procurar la colocación de las acciones emitidas dentro de un plazo acordado. Aquí el riesgo asumido por la entidad financiera estaría condicionado por la asistencia financiera.

El *underwriter*, a su vez, asume el carácter de mandatario con o sin representación, comprendiendo facultades amplias y suficientes para celebrar contratos de suscripción con las personas que así lo requieran, hablando de un caso típico de mandato recíproco del mandante y mandatario. El *underwriter*, de este modo, percibe el importe del crédito otorgado a la sociedad, cuya emisión accionaria ha prefinanciado con los fondos recibidos en concepto de precio de las suscripciones de acciones realizadas por su intermedio.

Las compañías que emplean esta modalidad de *underwriting* son aquellas sociedades que no cuentan con un mercado amplio para colocar esos títulos. De este modo, al margen de la ventaja que implica que una empresa solvente prefinancie su aumento de capital, será importante contar con un *underwriter* que tenga por objeto la colocación de los valores mobiliarios en el mercado.

c) **El *underwriting* de colocación.** Cuando la entidad financiera únicamente se compromete a facilitar la colocación de los títulos valores emitidos, con o sin precio determinado, conforme al cobro de una comisión. Esta función

comprenderá tanto el servicio a prestar, así como los gastos operativos (administración, publicidad, etc.).

- d) **El *underwriting* de garantía.** Esta modalidad es conocida también como el *underwriting* en firme indirecto; vale decir, aquí la entidad financiera actúa como sociedad prefinanciadora de la emisión, obligándose a suscribir el remanente de acciones no suscritas una vez vencido el plazo de la oferta de suscripción efectuada por la compañía emisora y habiéndose agotado los tiempos para que lo hagan tanto los propios integrantes de esta última como los terceros.
- e) **Colocación en base a mayores esfuerzos.** El *underwriter* se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para colocar la emisión en el público inversionista a un precio fijo y dentro de un plazo determinado. El intermediario no asume el riesgo de la colocación. En esta forma de colocación el empresario no requiere de la capacidad financiera del *underwriter*, sino más bien de su experiencia como profesional en un mercado especializado.
- f) ***Underwriting* todo o nada.** Esta modalidad es una subclasificación de la modalidad de mayores esfuerzos, en la cual la entidad emisora se compromete a vender la emisión sólo en el caso de que el *underwriter* la coloque en su totalidad en el plazo determinado. En el caso que no se logre la colocación total, el *underwriter* procede a la devolución del dinero recibido a los parciales compradores, asimismo devuelve los valores a la empresa emisora.
- g) ***Underwriting* con compromiso *stand by*.** Esta modalidad de *underwriting* se caracteriza porque la entidad financiera se obliga a prefinanciar los valores mobiliarios que durante un determinado tiempo no haya podido colocar directamente la entidad emisora.

12. Derechos y obligaciones

Entre los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes contratantes la doctrina viene citando los siguientes:

- a) Derechos de la sociedad emisora de los valores mobiliarios.
 - Exigir al *underwriter* una efectiva acción para obtener la autorización administrativa necesaria para llevar a cabo la operación.

- Pedir al *underwriter* la debida información relacionada con su especialidad, experiencia, los contratos en que haya intervenido, su solvencia y otros aspectos colaterales.
- Determinar el respeto al precio establecido en la oferta y exigirle al *underwriter* el pago de lo acordado. En la práctica, si el *underwriter* logra un mejor precio en la colocación de los valores mobiliarios en el mercado, la diferencia será suya, excepto que haya reserva expresa en sentido distinto por parte de la emisora.

b) Obligaciones de la sociedad emisora

- Informar al *underwriter* todo lo concerniente a la emisión con la debida anticipación, a fin de que ésta pueda prever definitiva y debidamente las estrategias de mercado.
- Estará obligada a informar el precio de la emisión de los títulos y el plazo para la colocación de los mismos.
- Notificar al *underwriter* de cualquier cambio o acontecimiento importante que signifique una modificación en la operación proyectada.
- La sociedad emisora está obligada a pagar los gastos operativos en la emisión de los valores mobiliarios a negociar.
- Se halla obligada a no contratar con otras colocadoras o *underwriters* diferentes a los que haya autorizado en el contrato.
- No vender ninguna acción o bono adicional o emitido anteriormente durante el período acordado para la operación.
- Pagar la comisión convenida. En las modalidades de *underwriting* donde haya lugar a esta prestación, se obliga a pagar una retribución por los servicios que presta el *underwriter*. Esta comisión es de administración, sobre el monto total de la emisión.

c) Responsabilidades

- La principal responsabilidad por parte de la sociedad emisora es la de indemnizar a los *underwriters* por los perjuicios ocasionados por una información falsa o por haber omitido informar debidamente sobre aspectos importantes para la operación.

d) Derechos del *underwriter*

- Obtener de la sociedad emisora toda la información y documentación pertinente

que sea necesaria para cumplir a cabalidad su función de intermediario y para estar en mejor situación para negociar los valores mobiliarios en el mercado.

- Exigir el cumplimiento del precio y demás condiciones estipuladas en el contrato.
- Pedirle a la emisora la entrega de los valores mobiliarios una vez que se haya perfeccionado la colocación, con la finalidad de entregarlos a los inversionistas que hayan adquirido dichos valores.
- Exigir el pago de la comisión o comisiones convenidas con la sociedad emisora.

e) Obligaciones del *underwriter*

- Está obligado a realizar las gestiones para obtener la autorización administrativa que permita realizar la oferta pública.
- Adquirir la totalidad de la emisión. Esta es una obligación propia en la modalidad de *underwriting* en firme.
- Respetar el precio y demás cláusulas o condiciones aceptadas.
- La adquisición en firme por parte del *underwriter* tiene como objetivo final la colocación de la emisión en el mercado de inversionistas.
- Pagar a la empresa encargada el precio acordado por la emisión que adquiere. En esta modalidad, la contraprestación propia para el *underwriter* será hacer suyo el mayor valor que obtenga en la colocación.
- Colocar ante el público la emisión respectiva, al precio y condiciones estipuladas. Lo que no haya podido colocar en el plazo señalado en el contrato deberá adquirirlo el *underwriter* cuando se trata de la modalidad de garantía. En esta modalidad la contraprestación del *underwriter* enmarca dos variantes: una comisión por lo que haya logrado colocar ante el público, y podrá hacer suyo el precio entre lo que paga y el mayor valor que obtiene.
- Está obligado a procurar la colocación de la emisión ante el público inversionista, con diligencia y cuidado, a fin de garantizar el éxito de la operación.
- Efectuar las actividades promocionales de la emisión de los valores a negociar.

- Efectuar la colocación de los valores mobiliarios dentro del plazo convenido.
- Está obligado a estabilizar el precio de la emisión de los títulos valores por cierto plazo, luego que se hayan ofrecido a los inversionistas.
- El *underwriter* se halla obligado a hacerse cargo de toda la tramitación relacionada con el pago y la entrega de los valores negociados.

f) **Responsabilidades del *underwriter*.** La principal responsabilidad del *underwriter* radica en el cargo que pesa sobre él, vale decir la obligación de asesoramiento que le obliga a trabajar con diligencia y cuidado en su función de consejo para con la emisora, a fin de que ambos contratantes cumplan con el objeto encaminado.

13. Extinción del contrato

El contrato de emisión y colocación de títulos y valores se extinguen en forma natural y anormal.

La extinción de forma natural son aquellas que contempla el propio contrato, tales como el vencimiento del plazo, el ejercicio de una condición resolutoria y el acuerdo entre las partes, siempre que no haya empezado la ejecución del contrato y se haya efectuado el contrato con los posibles inversiones, y otras casuales análogas.

La extinción de forma anormal se produce cuando existe incumplimiento de las prestaciones asumidas por alguna de las partes, supone que haya habido dolo o negligencia no falta de culpa, caso fortuito o fuerza mayor.

14. Ventajas y desventajas del *underwriting*

a) **Ventajas.** El contrato en mención enmarca ventajas tanto para la emisora como para la colocadora y son las siguientes:

- Para la compañía emisora. El beneficio o ventaja radica en la posibilidad de lograr un aporte de capital inmediato, que le resultaría sumamente difícil de obtener entre sus accionistas.
- Para la entidad financiera. La ventaja se encuentra en la obtención de una ganancia legítima, proveniente de la diferencia entre el valor de suscripción y el precio ulterior de venta de las acciones suscritas. El *underwriting*, a su vez, no se agota ni se

limita exclusivamente al prefinanciamiento de emisiones de títulos, sino que puede comprender una serie de servicios complementarios como los de asesoramiento, emisión de informes, consejos etc., efectuados por el *underwriter*. Este contrato otorga a la sociedad emisora como ventaja la obtención del capital sin esperar la colocación paulatina de los valores; y la utilidad para el tomador de las emisiones está en el diferencial que resulta entre la suma pactada con la sociedad emisora y el precio de colocación de los valores o la comisión que pacte por la colocación.

La banca de servicios financieros está en óptimas condiciones para prestar el servicio derivado del contrato de *underwriting* a las grandes empresas que revisten la forma de sociedades por acciones, puesto que por la vinculación que mantiene con sus clientes conoce a sus compradores y proveedores y sabe qué otras empresas o personas tienen interés o podrían tenerlo en participar en el capital de aquella; por ende, cuando se compromete a colocar una emisión de acciones o la adquiere para colocarla, ya cuenta con una gama de suscriptores posibles.

b) **Desventajas.** Es importante comentar que el contrato de *underwriting* enmarca una que otra falencia a tener en cuenta; dentro de éstas tenemos las siguientes:

- Principalmente en nuestro país requerimos de una banca de inversión.
- Existe un escaso desarrollo del mercado accionario, generando poca movilidad de acciones y empresas participantes.
- Faltan mayores incentivos para las acciones.
- Carencia de entidades financieras dispuestas a asumir mayores riesgos de colocación de títulos o acciones.

CONCLUSIONES

De lo expuesto sobre los contratos innominados desarrollados en la Revista Gestión en el Tercer Milenio N°25 y en esta edición N°26, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Aunque muchos autores no estén de acuerdo con la denominación de innominados en

algunos contratos, nosotros afirmamos la calificación a estas figuras contractuales que no están reguladas por la normatividad del país justamente por haber sido creadas en la práctica como fruto de la autonomía de la voluntad. Los contratos innominados no están regulados por ley pero son una muy buena alternativa a utilizar por las empresas, ya que permiten agilizar una adecuada interrelación en los negocios entre personas naturales y jurídicas (comprar, vender, arrendar, financiar, fideicomiso, etc.).

2. Mediante el **factoring** las empresas tienen la posibilidad de obtener liquidez inmediata antes de que sean exigibles las deudas de sus clientes, trasladando el riesgo por la cobranza al factor. El factor, además de asumir la gestión de cobro, también se encarga del estudio de los clientes, de la contabilización de los cobros y de la reclamación a los deudores morosos. Es un negocio financiero que poco en común tiene con las más usuales formas de financiamiento; asimismo, es un producto muy útil y práctico para la pequeña y mediana empresa, que se ha gestado, nacido y desarrollado fuera de los muros del sistema de financiamiento tradicional. Las empresas nacionales que se enfrentan a un conjunto de problemas al momento de exportar como el riesgo cambiario, político, la evaluación de su capacidad crediticia y solvencia moral de los importadores, tienen en el **factoring** a un instrumento útil para superar estos inconvenientes, toda vez que esa función es la que cumple en los países industrializados y también en algunos de esta parte de América, esto es, financiar exportaciones en forma no convencional.

3. Como conclusión sobre la **franquicia** debemos señalar el potencial que tiene el Perú como mercado para instalar nuevas franquicias, ya que existe margen para desarrollar nuevos conceptos tanto en productos como en servicios puesto que en este último aspecto el mercado se encuentra poco saturado.

Es importante considerar que el país está pasando por una mejora en su economía con niveles bajos de inflación e incremento en sus exportaciones, por lo que el mercado presenta un nivel de estabilidad y creación de riqueza, dando entrada a un mayor número de inversiones, entre ellas las dedicadas a franquiciar.

La creación en 1993 de la nueva Ley de Tratamiento de Inversiones de Capitales Extranjeros jugó un papel muy importante en el sistema porque permitió abrir un poco más el comercio internacional, contribuyendo así al crecimiento de este negocio. La tendencia en el mercado de franquicias en Perú es que el sector de comidas rápidas seguirá siendo el más importante económicamente, pero serán las franquicias de servicios las que ganarán mayor protagonismo, especialmente aquellas que desarrollen ideas novedosas que puedan ofrecerse a un público con nuevas necesidades. En el Perú existe lo que se ha denominado el “fenómeno de la tropicalización”, que consiste en adaptar la franquicia a los gustos del consumidor.

En síntesis se puede afirmar que en el mercado peruano se encuentran las condiciones necesarias para el desarrollo de este tipo de negocios, ya que, como se ha señalado antes, existen todavía sectores que están poco saturados y en los que habría mayores oportunidades comerciales.

4. Nadie puede negar que la vida se le muestra a los seres humanos llena de riquezas y múltiples matices. Ese sólo hecho nos demuestra que existen otros campos de lo humano, además del comercial, en el cual un conocimiento organizado como el *know how* puede ser útil. Se impone, entonces, casi como obligación, admitir que la tecnología no está limitada al espacio comercial en el cual se le quiere hacer ver exclusivamente; la tecnología está contenida dentro del amplio concepto de economía, pues este conocimiento útil para la obtención de un fin es un medio para la satisfacción de necesidades. En cuanto a los sistemas de patentes y secreto empresarial, éstos han sido creados con el fin de proteger a las personas que, de cierta manera “hacen tecnología”, pues, como se vio en el texto, la invención y el secreto empresarial son esencialmente conocimientos útiles para el logro de fines u objetivos. El conocimiento es la herramienta más importante en el mundo.
5. El *leasing* se presenta como una opción interesante en materia de inversiones de largo plazo en bienes muebles e inmuebles. Al financiar la totalidad del valor del activo incluyendo los impuestos no se requiere de inversión inicial contribuyendo -de esta manera- a una mejor liquidez de la empresa.

Por el hecho de cargar los pagos del *leasing* a la cuenta de gastos deducibles para efectos tributarios, se traslada al arrendamiento el beneficio tributario de una depreciación acelerada sobre los bienes arrendados (escudo fiscal). Esta es una fuente de financiamiento que no afecta las líneas de crédito tradicionales y que preserva la capacidad de endeudamiento de la empresa. El *leasing* no es una deuda pero sí un gasto operacional, lo cual genera una mayor solidez del balance al permanecer inalterados los índices financieros de endeudamiento y liquidez. Al término del contrato de *leasing*, la transferencia del bien puede hacerse a una tercera persona, independientemente de quién esté pagando las cuotas.

6. En la actualidad la modalidad de los contratos de **fideicomiso** genera muchas posibilidades para los negocios fiduciarios en el país. Es cada vez más cotidiano escuchar de estos contratos y de su aplicación, que vienen favoreciendo a los diferentes estratos sociales en operaciones diversas como el salvataje a entidades bancarias en crisis, pasando por actividades forestales, mineras o de construcción, hasta el resguardo del futuro de una persona incapaz.

Es una herramienta contractual de mucho uso en la realidad peruana y que está basada en la confianza que se da una persona o empresa para el manejo de un capital cualquiera. Es una de las formas de facilitar a las empresas el aprovechamiento de recursos muchas veces no utilizados por el propietario y que van a beneficiar a varias personas con una visión de bien en común.

7. El *joint venture* es un mecanismo de solución óptima para penetrar en nuevos mercados cuando no se cuenta con los recursos suficientes. La implementación de este mecanismo ofrece muchas ventajas para el aprovechamiento de los recursos. Es una herramienta que por medio del trabajo colectivo garantiza mayor seguridad en la ejecución de un proyecto.

En la actualidad las empresas líderes empiezan a buscar alianzas estratégicas en este tipo de contrato por las ventajas que ofrece como objetivos comunes compartidos, el gran interés y apoyo por parte de los socios y las contribuciones complementarias (conocimiento del mercado, experiencia técnica, buena reputación y contactos comerciales). El *joint*

venture, como forma asociativa, no requiere la creación de un sujeto de derecho. Nació libre, no sujeto a una forma reglamentada, es parte de la maravillosa tradición creativa del *Common Law*, de la institución creada por la autonomía de la voluntad y reconocida en el derecho; así este contrato maximiza las oportunidades de mercado y aprovecha las ventajas comparativas.

Los *joint venture* se adecúan mejor y más eficazmente a los contextos micro y macro económicos actuales y de futuro, teniendo en consideración las tendencias a nivel internacional y nacional. La constitución de estos contratos en el país aún es limitada por el desconocimiento o falta de visión competitiva del empresariado nacional.

8. El *underwriting*, como contrato casi atípico, va a permitir a las empresas tener una opción para afrontar el problema de liquidez inmediata cuando necesiten de fondos con relativa urgencia, resultando inconveniente esperar que se integre la emisión de acciones, razón por la cual puede recurrir a un banco que tome a su cargo la colocación de esa emisión y que le anticipe fondos a cuenta de la misma, o bien para que adquiera en su totalidad la emisión para luego colocarla entre sus clientes, siendo los beneficios recíprocos para las partes intervinientes.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ARGUELLO, LUIS ALBERTO. (1993). *Manual de Derecho Romano*. Tercera Edición. Buenos Aires, Ed. Astrea.
- ARIAS RAMOS, J. (1963). "El derecho de Sucesiones". En: *Derecho Romano II*. Revista de Derecho Romano. Novena Edición. Madrid.
- ARIAS SCHEREIBER PEZET, MAX y ARIAS SCHEREIBER MONTERO, ÁNGELA. (1994). *Los contratos modernos*. Lima, T.I MG Editor Producciones Gráfica Edesa.
- ARIAS SCHREIBER, MAX Y ARIAS SCHREIBER, ANGELA. (1999). *Contratos Modernos*. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica Editores.
- AROTOMA CACNAHUARAY, SIXTO. (1999). *Factibilidad Operativa de Joint Venture en la Producción y Comercialización de Frijol: Perú*. Tesis para optar el Grado de Magíster en Administración, Mención Comercio Internacional. Lima, UNMSM, FCA – UPG.
- ARRUBLA PÁUCAR, JAIME ALBERTO. (1992). *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Bogotá, Editorial Dike.
- Revista PERÚ EXPORTA(1989). "Joint Venture como mecanismo de penetración de mercados". En: REVISTA PERÚ EXPORTA. Noviembre de 1993, Lima, ADEX.
- CABANELLAS, Guillermo. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Vigésima Primera Edición. Tomo IV. Buenos Aires, Edit. Helasta.
- CHUMBIANA, Richard (1999) "Joint Venture. En Busca de una Aventura Común". En: *Revista Intercambio*. Enero de 1999 N° 189. Lima, Centro de Desarrollo de Comercio Exterior.
- BRAVO MELGAR, S. (1997). *Contratos modernos empresariales*. Lima, Editora FECAT.
- BUCHER, BETTINA. (2002). "La Búsqueda del Equilibrio de la Gestión de Joint Venture". En: HARVARD DEUSTO BUSSINESS REVIEW. Marzo del 2002. Madrid, Tecnos.
- CHULIÁ VICENT, EDUARDO y BELTRÁN ALANDETE, TERESA. (1994). *Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos*. Segunda Edición corregida y ampliada. Barcelona, Editor José María Bosch SA.
- COLAIACOVO, JUAN LUIS; AVARO, RUBÉN DANIEL y otros. (1992). *Joint Venture y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional*. Argentina, Ediciones Machi.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. (1991). "El contrato en general". En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. (1991). *Biblioteca: Para Leer el Código Civil*. Vol XI, Primera Parte. Lima, Fondo Editorial.
- FARINA, JUAN. (1997). *Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial*. Segunda Edición. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, ESTEBAN. (1996). *Innovación, Tecnología y Alianzas Estratégicas*. España, Editorial Civitas SA.
- HARRIGAN, KATHRYN RUDIE. (1992). *Joint Venture – Los Secretos de una Administración Exitosa*. Buenos Aires, Editorial Grupo Norma.

- HUNDSKOPF, EXEBIO. (1988). *Derecho Comercial*. Primera Edición. Lima, Universidad de Lima.
- LINARES BRETON, S. (1970). "Contrato Financiero del *underwriting*". En: LA LEY. Revista Jurídica Argentina. Buenos Aires.
- LUCICH, IVÁN M. (1994). "Joint Venture en Busca de Competitividad". En: REVISTA ½ DE CAMBIO. Mayo de 1994. Lima.
- MALCA GUAYLUPO, OSCAR. "Los Joint Venture y la Promoción de Exportaciones". En: REVISTA PERÚ EXPORTA. N° 224. Abril de 1995. Lima, ADEX.
- MARTOREL, ERNESTO. (1993). *Tratado de los contratos de Empresa*. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- MARZORATI, OSVALDO J. (1996). *Alianzas Estratégicas y Joint Venture*. Buenos Aires, Editorial De Palma.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE. (1988). *La sociedad conjunta (Joint Venture Corporación)*. España, Editorial Civitas SA., 429 pp.
- MIRANDA ALCÁNTARA, MANUEL IVÁN. (2003). "El Joint Venture en la Ley General de Sociedades". En: REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ. Año LIII, N° 50. Septiembre del 2003.
- MONTOYA MANFREDI, ULISES. (1988a). *Derecho Comercial*. Tomo 1. Lima, Editorial Desarrollo
- MONTOYA ALBERTI, ULISES y MONTOYA ALBERTI, HERNANDO. (1988b). *Derecho Comercial*. Novena Edición documentada y corregida. Tomo I. Lima, Editorial Grigley.
- MONTOYA ALBERTI, ULISES. (1988). *Derecho Comercial*. Lima, Editorial Grigley.
- PORTER, MICHAEL. (1991). *La ventaja competitiva de las naciones*. Argentina, Ediciones Vergara, 1,051 pp.
- SIERRA ALTA, ANÍBAL. (1997). *Joint Venture Internacional*. Segunda Edición. Lima, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 475 pp
- VILLEGAS, CARLOS ALBERTO. (año). *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la actividad bancaria*. Ciudad, Editorial Abeledo.
- Internet:**
- AROTOMA, SIXTO. (2007). "Joint venture: estrategia en la producción y comercialización de frijol-Perú". En: www.gestiopolis.com
- MAGUIÑA FLORES, Raul. (1994). "Estratega para lograr competitividad Empresarial en el Perú". En revista 1/2 de cambio. Mayo de 1994, Lima. Tomado de: www.ilustrados.com
- TAMEZ DE GYVES, JOSÉ LUIS. "Contratos de Joint Venture". En www.justiniano.com/revista-doctrina/joint_venture.htm
- Legislación**
- Código Civil del Perú, del 14 de noviembre de 1984.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convenio MIGA. Acuerdo de Garantías de Inversiones Multilaterales, de diciembre de 1990.
- Convenio OPIC. Corporación Privada de Inversión en Otros Países, de noviembre de 1992.
- Decreto Legislativo N° 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, del 14 de noviembre de 1991.
- Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, del 13 de noviembre de 1991, modificado por distintas normas y entre las últimas por la Ley N°26786 del 13 de mayo de 1997.
- Decreto Legislativo N°662, Aprueba régimen de estabilidad jurídica a la Inversión Extranjera, del 02 de septiembre de 1991.
- Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las empresas del Estado, del 27 de septiembre de 1991, modificado por diferentes normas entre estas últimas el Decreto Legislativo N° 844, del 13 de septiembre de 1996.
- Decreto Ley N° 26126, Ley Orgánica de la Comisión Nacional supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) del 30 de diciembre de 1992.
- Decreto Supremo N° 010-88-PE, del 23 de marzo de 1988.

Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único ordenado de la Ley General de Minería, aprobado el 03 de junio de 1992.

Decreto Supremo N° 162- EF Aprueba el reglamento de los regímenes de garantía a la inversión privada, del 12 de octubre de 1992, modificado por Decreto Supremo N°084-98-EF del 14 de agosto de 1998.

Ley N° 18.061, promulgada el 15 de enero de 1969. Republica de Argentina.

Ley N° 26702, del 09 de diciembre de 1996.

Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de diciembre del 2004, modificada por Ley N° 28579, del 08 de julio del 2005.

Reglamento del Decreto Ley N°8302. Comisión Nacional de Valores que debe normar las actividades Bursátiles del mercado, del 02 de junio de 1970.

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, del 04 de junio de 1992. Título XI instrumentos de titulación, patrimonio en fideicomisarias o trupal.