

CONTRATOS EMPRESARIALES MODERNOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

Julio Hernán Figueroa Bustamante

*Profesor de Derecho Monetario y
Bancario, Derecho Financiero de la UNMSM.*

SUMARIO: 1.- Contratos de colaboración empresarial. 2.- Engineering. 3.- Franchising. 4.- Know How. 5.- Sindicación de acciones. 6.- Contrato estimatoria. 7.- Contrato de licencia de patente. 8.- Contrato de agencia. 9.- Correduría privada. 10.- Contrato de hedging. 11.- Otros contratos. 12.- Sub tipos de contratos. 13.- Contratos bancarios modernos. 14.- Modelos jurídicos indispensables de la empresa bancaria. 15.- Leasing. 16.- Underwriting. 17.- Factoring. 18.- Forfaiting. 18.1. Características. 18.2. Ventajas. 19.- Fideicomiso. 19.1. Naturaleza jurídica. 19.2. Parfes. 19.3. Características especiales. 19.4. Clases. 19.5. Regulación legal. 20.- Contratos bursátiles.

El desarrollo de la contratación masiva de bienes y servicios, los profundos cambios producidos en la economía nacional y mundial, así como las necesidades de seguridad jurídica de las partes intervinientes y el incremento del tráfico comercial, motivan la necesidad de regular mediante marco legal general y no reglamentarista las nuevas modalidades contractuales.

La contratación empresarial moderna por su masividad y difusión, tiene los requisitos de forma e interpretación de los contratos tradicionales, pero se efectúa en forma estandarizada y orientada a un amplio número de consumidores y usuarios; es más ágil en su formación por no resultar de negociaciones individuales paritarias entre los intervinientes que realizan diversas tratativas, sino de la determinación de las bases y cláusulas de contratación por una de las partes que se expresan generalmente en la adhesión; lo que no les resta validez consensual ni buena fe; se plasma generalmente en la suscripción de formularios predispuestos y redactados unilateralmente, como sucede principalmente en la actividad de las empresas bancarias, financieras, de seguros, de transporte.

De otro lado, esta novísima forma de contratación adquiere tipicidad social o consuetudinaria derivada de su permanente y creciente utilización, en ejercicio de la autonomía privada y libertad contractual de las partes, la que se expresa en los usos y repetidas conductas individuales que le van otorgando personalidad propia y homogeneidad. Sin embargo, dichos contratos no son nominados al carecer de una denominación precisa o no se encuentran previstos legalmente, ni tienen una tipicidad legal en cuanto a la ausencia de definición sobre la naturaleza del contrato y la determinación de los derechos y obligaciones emergentes, teniendo por lo tanto la calidad de nominados pero atípicos, no regulados ni disciplinados por la legislación civil y comercial nacional.

Lo más importante en este orden de ideas, es advertir la negociación de muchas transacciones públicas y privadas que se formalizan mediante estos contratos a pesar de carecer de regulación, lo que representa un determinado riesgo en términos de solución de un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, así como para el desarrollo de mayores inversiones en nuestro país y los derechos de los clientes y ciudadanos en general.

Consideramos que una prudente regulación de los contratos empresariales que contribuya a precisar sus elementos esenciales, en modo alguno limita sino afirma la autonomía de la voluntad, la iniciativa privada y las inversiones. En términos de análisis económico del Derecho, la carencia normativa resulta más onerosa por la inseguridad e imprecisión jurídica resultante. Como dice Alberto Spota¹. «lo relevante no es que la ley le otorgue o no un nombre al contrato, sino que éste tenga su regulación propia, aunque la ley pueda efectuar una remisión o reenvío de la cual se infiera aquella disciplina».

¹ SPOTA, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Buenos Aires, 1975.

La importancia normativa de esta materia es proporcional a su aporte al intercambio y circulación acelerada, difundida de los valores patrimoniales, a la producción de los bienes necesarios derivados de las crecientes y cambiantes relaciones económicas y jurídicas, incluyendo al proceso de privatización de empresas del Estado, que expresamente comprende a recurrentes tipos contractuales como la transferencia de activos, la concesión, el joint venture, los contratos de gerencia, la franquicia, la titulización de activos, el Know How, entre otros, que incorporan nuevos capitales y tecnología a un país que requiere distribuir riqueza. Ello implica que los contratos empresariales no solamente alientan el interés particular de las partes, sino que también promueven elevadas finalidades de alcance público como el desarrollo de la inversión, la mejora de la infraestructura vial, la difusión de conocimientos técnicos y marcas reconocidas de un Estado más eficiente y garante del bien común. En ese orden de ideas, procederemos a comentar las características principales de los contratos empresariales de mayor vigencia en nuestro país.

1. CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

Son los celebrados por empresas especializadas en una determinada actividad, que cooperan con otras para optimizar la producción. Estas empresas establecen una organización común para el aprovechamiento comercial que faciliten determinados aspectos de la actividad empresarial.

Es la vinculación contractual de coordinación no societaria establecida entre personas o sociedades para llevar a cabo una obra pública o prestar un servicio. Es una vinculación plurilateral, asociativa, intuitu personae, con una organización conjunta con unidad de decisión.

Entre 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 las que existe la división del trabajo y de las responsabilidades. Así, una empresa aporta dinero, la otra tecnología, la otra experiencia en el desarrollo de determinada actividad productiva.

Este contrato permite generar una relación jurídica destinada a explotar un negocio, proyecto en común o desarrollar 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 resultantes del mismo, así como responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada.

La figura más parecida al Joint Venture en nuestro ordenamiento jurídico es el contrato de consorcio, previsto en los arts. 445 al 448 de la Ley General de Sociedades, que consiste en la asociación de dos o más personas que participan en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Como sostiene LE PERA², «el Joint Venture permite la complementación de recursos financieros, conocimientos tecnológicos, equipos e investigaciones, derechos de explotación, mercados de consumo», etc., para la realización de importantes y complejos proyectos. Por ejemplo, en la actividad minera, inversiones de gran magnitud, licitaciones internacionales, explotación de diversos recursos naturales.

Igualmente, permite la participación de una pluralidad de sujetos; el adecuado control y desarrollo de sus actividades; armonizar diferentes habilidades y medir la actividad generada.

En nuestro país, la Ley General de Minería contiene un capítulo dedicado al Joint Venture, en el cual se destacan los principales derechos y obligaciones de las partes.

Esta figura se aplica igualmente en el Perú en la privatización de empresas del Estado, generando la captación de divisas mediante la inversión extranjera y asegurando nuevos mercados de exportación.

Debe recordarse que el Decreto Legislativo 662 que establece las normas fundamentales sobre estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras, contempla entre sus modalidades promotoras al Joint Venture.

Finalmente, creemos que esta estrategia de colaboración empresarial debería emplearse por los gobiernos regionales y locales en la construcción y modernización de puertos, aeropuertos, carreteras, considerando las dificultades por las que atraviesan las finanzas públicas nacionales, atendiendo al interés y experiencia de los inversionistas en dichas obras y considerando las nuevas orientaciones establecidas por la Ley de Promoción de la Inversión Descentralizada.

2. ENGINEERING

Como sostiene Caballo³, por este contrato una empresa se obliga frente a otra a elaborar y eventualmente realizar un proyecto de inversión o encomienda su ejecución a otra

² LE PERA, Sergio. *Joint Venture y Sociedad*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1985.

³ CABALLO BORGIA, Rosella. *El Contrato de Engineering*. Editorial CEDAM, Roma, 1992.

empresa, obligándose asimismo a realizar prestaciones accesorias de asistencia técnica, o participación en las utilidades. Se evidencia a través de una serie de actos como la transmisión de información y conocimiento, la ejecución de obras, etc.

Este contrato puede resultar fundamental en el desarrollo de obra pública entregada en concesión a inversionistas especializados, siendo generalmente acompañado de un contrato de project finance para viabilizar el proyecto de inversión.

3. FRANCHISING

Por este contrato una empresa matriz o principal promueve y constituye una serie de empresas autónomas vinculadas a fin de encomendarles que sean ofrecidos al consumidor a precios más accesibles.

Así, una empresa principal franquiciante o franchisor o concedente otorga a la empresa vinculada y eventualmente controlada, franquiciada o franchisee o concesionaria, que actúa con gestión y riesgo propio, el derecho de ejecutar en determinadas condiciones y bajo el control de la concedente, una actividad de producción de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes o de signos distintivos u otros elementos de identificación de la concedente, sea de patentes de invención o de otros conocimientos y de la asistencia técnica de la concedente, a cambio de un precio o compensación compuesto de una renta fija y una variable proporcional a los ingresos producidos por la explotación del negocio por parte de la concesionaria.

Este contrato de distribución comercial igualmente comprende la transferencia de la sólida imagen de la concedente, que permite el ingreso a diversos mercados en forma competitiva y la expansión de los negocios, el uso y transferencia de patentes, marcas, suministro de bienes, prestación de servicios, cesión de bienes, métodos de administración, control de calidad, mercadeo, publicidad de la concedente a la concesionaria, facilitando la administración comercial y los gastos de gestión.

Consideramos que este contrato de naturaleza compleja, por contener prestaciones de servicios complementarios como la utilización de la marca, el entrenamiento al personal de la empresa franquiciada, el manejo de su contabilidad y organización interna, resulta muy importante para el desarrollo de importantes empresas nacionales, limeñas y provincianas, que hayan desarrollado una eficiencia especializada en la producción de alimentos, bebidas, licores típicos, cuya marca puede ser ofrecida a otras empresas nacionales o extranjeras.

En el Perú, los contratos de franquicia por constituir una modalidad especial de inversión privada, deben registrarse en la Oficina de Inversiones y Tecnologías de INDECOPI.

Asimismo estimamos pertinente establecer en forma precisa el tratamiento jurídico de la responsabilidad por la elaboración de productos defectuosos, a fin de determinar los criterios de atribución respectivos.

4. Know How

En virtud de este contrato de transferencia de tecnología, el licenciante concede el uso de la tecnología, a favor del licenciataro quien está obligado a pagar las regalías, en relación a las ventas netas.

Permite dejar de fabricar determinados productos y encargar su elaboración a otras empresas industriales, así como el ahorro de los costos que demanda su desarrollo y puesta en marcha en países en los que faltan usualmente normas estables que promuevan la libre competencia.

Opera respecto a conocimientos técnicos, con elementos reservados relacionados a la organización de una empresa, conocimiento del mercado, programas de racionalización, asesoramiento, política de adquisiciones.

Este contrato a su vez está conformado por prestaciones recíprocas, onerosas o conmutativas, que contienen cláusulas de exclusividad y de colaboración permanente, basándose en la confianza e independencia jurídica.

El Know How puede ser técnico, conformado por los conocimientos requeridos para la producción de bienes y comercial o de gestión que contribuye en la dinámica administrativa y comercial de las empresas.

Este contrato se celebra usualmente para posibilitar la transferencia de conocimientos especializados en una determinada actividad a favor de empresas nacionales que requieren contar con nuevos métodos, estrategias y productos para dinamizar su desarrollo y reingeniería.

5. SINDICACIÓN DE ACCIONES

Es un contrato entre los accionistas mayoritarios de una empresa, que tiene por finalidad defender sus derechos frente al resto de la sociedad.

No tiene eficacia jurídica frente a la sociedad a menos que se inscriba en el Libro de Registro de Acciones.

De esta manera, los accionistas coordinan sus votos en determinando sentido en la Junta de Accionistas en base a un acuerdo previo o mediante el otorgamiento de un poder a un tercero.

Entre los convenios de sindicación más importantes, está el llamado sindicato de bloqueo, por el cual los accionistas se obligan a no transferir sus acciones, salvo que se cumplan determinadas condiciones y a la vista de un propósito bien definido.

6. CONTRATO ESTIMATORIO

Este contrato debe su nombre a la suma de dinero que ambas partes estiman que, llegado el caso, el receptor de la cosa objeto del contrato, pagará al transmitente, quien a su vez, la entrega para su eventual venta o devolución. Una parte transfiere uno o más bienes muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que se restituyan las cosas en el plazo establecido.

Es un contrato propio del comerciante detallista, particularmente empleado en el tráfico de automóviles, piezas artísticas, joyas, libros usados y otras muchas mercaderías de fácil venta directa por su propietario.

7. CONTRATO DE LICENCIA DE PATENTE

No existe en este contrato la entrega de una cosa, sino que se permite al licenciario compartir el monopolio que confiere a su titular la respectiva patente.

La cosa dada en locación pasa a poder del locatario. El locador se desprende de ella y por eso puede entregarla para dicho uso a más de un locatario simultáneamente. El disfrute de la patente se encuentra vinculado a la actividad económica adecuada que le es autorizada, para obtener mayor ventaja derivada de las regalías, calculadas sobre la base de las utilidades perdidas por el licenciario en la explotación de esa patente.

Este contrato contiene generalmente las prestaciones del contrato de Know How, que opera si no se otorga la patente si ha vencido la licencia o se anula. Por este contrato además de explotar la patente, se obtienen conocimientos complementarios, de aplicación inclusive en el contrato de Joint Venture.

8. CONTRATO DE AGENCIA

Por este contrato, una persona jurídica se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes, acercar al principal con los clientes, los visita permanentemente y los instruye directamente.

9. CORREDURÍA PRIVADA

Por este contrato, las personas jurídicas en virtud de una remuneración se dedican a poner en contacto a demandantes y ofertantes de bienes y servicios. Esta intermediación se realiza en actos esporádicos y determinados, agotando su actuación cuando las partes entran en relación jurídica, sin representación de una u otra en la operación que propicia.

10. CONTRATO DE HEDGING

Es la administración de negocios internacionales para minimizar riesgos y aumentar las oportunidades de lucro. Permite estabilizar los ingresos de los exportadores y eliminar el componente de riesgo de precio de los productos ante variaciones súbitas de la cotización de sus materias primas.

11. OTROS CONTRATOS

El Derecho Comparado plantea otras figuras contractuales como expedición, participación, pensión completa, exposición, forestación, crucero, excursión, producción y distribución de películas cinematográficas, de muestra artística, de cesión de deudas, prestación de servicios informáticos, hardware y software; ejecución de proyectos, consultoría o diseño, montaje, suspensión de obras, etc.

12. SUB TIPOS DE CONTRATOS

Surgen diversas variantes de las que pueden ser objeto los contratos nomina-dos con las cláusulas atípicas, que no alcanzan a modificar el resultado práctico económico que persiguen. Entre ellos, la construcción de obras civiles, contratos de publicidad, creación y difusión, etc.

13. CONTRATOS BANCARIOS MODERNOS

Se requiere regular su desarrollo como elemento fundamental en la intermediación financiera indirecta realizada en el Sistema Financiero con evaluación, constitución de garantías, que paulatinamente adquieren autonomía legislativa y doctrinaria, con métodos de interpretación, supervisión y principios propios.

Por contrato bancario debemos entender a los acuerdos celebrados por las empresas y entidades del Sistema Financiero con sus clientes y usuarios con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial orientada al desarrollo

de diversas operaciones de intermediación financiera, constituyendo éstas su sustento jurídico y la forma que adoptan.

Las partes intervinientes en el contrato con la institución financiera y el cliente, que puede ser persona natural o jurídica.

El cliente expresa su conformidad o discrepancia con el contenido del contrato, suscribiendo o no el formulario suministrado por el Banco.

La prestación materia de la obligación derivada del contrato puede ser una operación activa, pasiva o neutra.

En las operaciones activas, el Banco se convierte en acreedor del público, en razón de transacciones o colocaciones que la institución hizo con los recursos contratados, las mismas que son registradas en el activo contable del Banco.

En las operaciones pasivas, el Banco capta recursos del público depositante, quedando como deudor u obligado a devolver el capital más los intereses devengados. Estas operaciones se registran en el pasivo de la contabilidad del Banco.

En las operaciones neutras, el Banco está obligado a realizar servicios que no representan concesiones de crédito, que conllevan menos riesgo y la obtención de grandes utilidades sin pérdida.

También puede realizar por cuenta propia, o de terceros, inversiones dentro del país (inscritas en Bolsa) o fuera del país (acciones de Bancos o financieras). Como sostienen los tratadistas Sergio Rodríguez Azuero, Mario Bauche García Diego y Carlos Gilberto Villegas, en sus obras *Contratos Bancarios*, *Operaciones Bancarias* y *el Crédito Bancario* respectivamente, estos contratos tienen como notas propias ser personales, masivos por adhesión, con reserva y confidencialidad, con deber de información al cliente, atípicos, innominados, de buena fe, con relación a la estructura económica, con vocación a la internacionalización, expresión de la liberalización financiera, con aplicación subsidiaria de usos y costumbres mercantiles y están sujetos a criterios de clasificación del riesgo crediticio.

14. MODELOS JURÍDICOS INDISPENSABLES DE LA EMPRESA BANCARIA

El Derecho Bancario, peculiar desde los *argentarii* romanos se ha mantenido y desarrollado en las modernas operaciones, añadiéndose a los antiguos moldes jurídicos

otros nuevos, indispensables para el ejercicio de la empresa bancaria de nuestro tiempo, como los siguientes:

- a) Las relaciones jurídicas entre el Banco y el cliente se basan en un acuerdo inicial, que generalmente se exterioriza por la apertura de una cuenta corriente.
- b) El Banco se reserva, un derecho de compensación que excede los límites de la compensación legal.
- c) El Banco tiene derecho a cobrar intereses en las operaciones activas y la obligación de abonarlas en las operaciones pasivas.
- d) El Banco, con independencia de los intereses, tiene derecho a percibir una comisión por los servicios que realice por encargo del cliente.
- e) El Banco está autorizado unas veces y obligado otras, a realizar pagos a cuenta del cliente.
- f) El Banco tiene un deber de lealtad y diligencia respecto a los informes y consejos que facilite al cliente.
- g) El Banco tiene la obligación de guardar secretos sobre las operaciones que el cliente le confía. Actualmente la Banca ha ampliado significativamente su actividad con la prestación de nuevos servicios, como consecuencia de la celeridad de los negocios jurídicos y el tráfico comercial.

15. LEASING

Denominado también arrendamiento financiero, es un contrato que tiene por objeto brindar financiamiento a mediano y largo plazo permitiendo que el cliente adquiera un bien de capital que ha seleccionado y le facilita su utilización por un período de tiempo, a cambio del pago de sumas por alquiler y gastos de mantenimiento.

La entidad financiera reconoce al vencimiento, el pleno derecho del cliente de ejercer la opción de compra, abonándole una suma de dinero pactada que constituye el valor residual. Si el cliente no hace uso de tal opción, debe restituir el bien objeto del negocio o celebrar uno nuevo.

La expresión Leasing deriva de la locución to lease, alquiler. Alquiler con opción a compra, para adquirir el bien que le indique el cliente, para alquilárselo luego o alquilárselo directamente al fabricante.

A continuación, enunciaremos alguna de las modalidades de este contrato:

Leasing Financiero: El Banco o financiera compran bienes de equipo y los ponen a disposición de los clientes en arrendamiento.

- **Leasing operacional:** El fabricante o importador de los bienes dados en alquiler, efectúan una locación revocable dentro de un cierto período de alquiler, mediando un preaviso.
- **Sale and lease back:** El propietario vende un inmueble a una financiera y luego ésta vuelve a alquilarlo y venderlo al fabricante que era el primer cliente.
- **Lease and purchase:** Alquilar y comprar. Por ejemplo, el fabricante concede material que se alquila a una empresa.

Se distingue del alquiler tradicional, por-que en el leasing se da en locación algo que ya pertenece al propietario y no se compra a pedido del usuario para luego alquilárselo. En el arrendamiento el locador está obligado a entregar el bien en buen estado y asumir su reparación en caso de deterioro. En el leasing no existe esta obligación.

El leasing propicia la adquisición de capital y la colocación de bienes muebles o inmuebles.

Con relación a las operaciones de arrendamiento financiero de bienes inmuebles constituyen una buena alternativa. Sin embargo, para su correcta aplicación, debe establecerse un marco legal más específico que desarrolle esta aplicación.

Existe una legislación sobre el tema, como por ejemplo, el Decreto Legislativo 299 y su correspondiente reglamento. Remitiéndonos al Derecho Comparado, podemos apreciar que el leasing inmobiliario ha permitido en muchos países desarrollados el despeje de la actividad industrial, financiando programas de construcción.

Es decir, un banco o una financiera adquieren un inmueble a solicitud del cliente, con el objetivo de construir un edificio destinado a la actividad industrial o comercial. En conclusión, el leasing es un contrato financiero que por su estructura de pagos, facilita la adquisición y el financiamiento de bienes de consumo duradero (por parte de personas naturales y jurídicas).

16. UNDERWRITING

Es el contrato consensual, bilateral, oneroso, no formal, innominado, celebrado entre una entidad o intermediario financiero denominado UNDERWRITER y una entidad, institución o sociedad emisora de valores mobiliarios, por el cual la primera se obliga a prefinanciar a la segunda, parcial o totalmente, los recursos que se obtendrían como resultado de la colocación, comprometiéndose a procurar la colocación de tales valores en el mercado, garantizando su total o parcial suscripción por parte de los inversionistas dentro de un plazo determinado, bajo el compromiso de adquirir en firme el

saldo de los valores no colocados, en caso que al término del plazo del contrato quedaran valores sin suscribir.

Constituye una nueva técnica financiera cuyo vínculo unificante consiste en la financiación y servicios complementarios de asesoramiento que obtiene una de las partes. Se celebra con todos los títulos del mercado de capitales (principalmente acciones y bonos), permitiendo la obtención de capital sin esperar la colocación paulatina de los valores y la utilidad para el tomador de las emisiones, generándose un diferencial entre la suma pactada con la sociedad emisora y el precio de colocación de los valores y la comisión pactada por la norma.

Esta modalidad contractual permite la constitución de sociedades mediante la participación como agente financiero de un Banco que se compromete a suscribir total o parcialmente las acciones representativas del capital en caso de no poder lograr su compra por el público inversionista en el Mercado de Valores. Frente a las dificultades financieras que pudieran tener los organizadores de una empresa, esta mediación financiera resulta promocional para el desarrollo empresarial.

17. FACTORING

Es un contrato de ejecución continua, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, por adhesión, por el cual la entidad financiera se obliga frente a una empresa a adquirirle todos los créditos que se originen normalmente y de una manera constante en su negocio, por venta de mercaderías durante un período de tiempo ex-presamente convenido, pero pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y abonar por los mismos un precio fijado mediante una proporción establecida sobre su importe y a prestar determinados servicios como información, asesoría legal y contabilidad. Permite al cliente obtener recursos líquidos, inmediatos y servicios complementarios a la financiación propiamente dicha, que pueden ser necesarios para racionalizar a la empresa o modernizarla.

El intermediario financiero tiene como función efectiva a favor del fabricante o comerciante la tarea de gestión y cobro de sus créditos comerciales y la prestación de un conjunto de servicios especializados.

El comerciante debe transferir la totalidad de las facturas que tenga por cobrar a plazo al factor, quien si está de acuerdo en aceptar la letra de clientes cuyas facturas fueron transferidas, se encarga de cobrarlas.

Garantiza incluso, ante la mora del deudor, el buen resultado de la operación a cambio de una comisión que cobra por el riesgo que él asume y los servicios que presta. El

Banco se encargará de la cobranza de los créditos, permitiendo la descongestión administrativa y asumiendo el riesgo de la insolvencia del deudor.

La adquisición por el factor de créditos por cobrar, es en propiedad y no en garantía, constituyendo una fuente de financiamiento para capital de trabajo con anticipación del valor de cuentas pendientes. Permite la asunción de los riesgos de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, previa selección por parte del factor y también se ofrecen servicios administrativos, contables y comerciales.

Este contrato favorece un conjunto de prestaciones a favor de clientes del banco; liquidez derivada de la venta de facturas al Banco con pago de una comisión reducida, en comparación con el porcentaje aplicado en las operaciones de descuento; posibilidad que la entidad financiera revise y ordene la contabilidad del cliente; asesoría financiera. Esta cobertura operativa denota la importancia que tiene esta modalidad especialmente para clientes con reconocida capacidad empresarial pero con dificultades en el manejo contable y financiero como es la situación de las PYMES (Pequeñas y Micro Empresas).

18. FORFAITING

Es como señala Vigone⁴ una operación financiera por el cual un banco u otra institución financiera descuenta, compra un documento comercial a un valor nominal menos la tasa de interés, sin recurso contra el vendedor o cualquier tenedor de documento excepto el librador. El objetivo es trasladar el riesgo del fracaso crediticio, inclusive la responsabilidad de tomar la deuda al forfaiter.

Recibe el vendedor el valor descontado, a cambio de un crédito a tomar por el banco en el futuro.

18.1. Características

Literalidad, abstracción, autonomía propia. A diferencia del factoring, que se celebra respecto de una operación determinada, en el forfaiting se asume toda la actividad y principalmente la efectuada en los mercados financieros internacionales. Por ejemplo, un exportador que quiere vender una fábrica y equipo en dos o tres años, utiliza los servicios del forfaiter y lo hace participar contractualmente. Los títulos se transfieren al forfaiter en propiedad para el cobro.

⁴ VIGONE, Luisa. Contratos Atípicos. Nuevos Instrumentos Comerciales y Financieros. 1993. Editorial COSA y COYE. Roma. 1998.

18.2. Ventajas

El exportador recibe un anticipo del producto de la venta exportable y se liberan los riesgos de insolvencia del deudor, abriéndose el campo de exportación por la labor del forfaiter.

El forfaiter cobra una comisión por cada uno de los servicios. Los títulos circulatorios de la compra venta internacional pueden ser negociados.

Para el importador, permite obtener una venta a plazos y adquirir bienes de capital. Representa una operación mediante títulos valores que deben transarse en el mercado internacional.

19. FIDEICOMISO

Este contrato encuentra sus antecedentes históricos -como sostienen los tratadistas Carlos Gilberto Villegas, Sergio Rodríguez Azuero, Mario Alberto Carregal y Rodolfo Batiza- en el FIDEICOMMISUM y en el PACTUM FIDUCIAE del Derecho Romano, así como en el TRUST y el EQUITY del sistema jurídico anglosajón.

19.1. Naturaleza Jurídica

Pertenece a la categoría de los llamados negocios jurídicos fiduciarios o de confianza, que permiten la transferencia de un bien a una persona con la que se mantienen vínculos de amistad, a fin que la destine a un fin lícito determinado en su beneficio, en beneficio de un tercero o como garantía crediticia.

Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio de afectación, plenamente autónomo, que permite la realización del objeto del contrato.

A diferencia de la propiedad civil que tiene como características principales la de ser absoluta y perpetua, expresada en su ejercicio no condicionado al cumplimiento de un determinado hecho ni de un plazo cierto, el dominio fiduciario se encuentra directamente orientado a la realización del encargo convenido dentro de un plazo expresamente establecido.

19.2. Partes

Fideicomitente o constituyente del fideicomiso; el fiduciario que es la persona encargada de cumplir el encargo contenido en el fideicomiso; el fideicomisario o beneficiario del fideicomiso.

19.3. Características especiales

Mediante este contrato, el Banco brinda al cliente servicios de administración, gestión, inversión. Está compuesta de dos operaciones claramente diferenciadas: la transferencia de bienes del fideicomitente al fiduciario y la realización del encargo que el fideicomitente ha confiado al fiduciario en beneficio del fideicomisario. Es consensual, bilateral, de tracto sucesivo, oneroso y solemne, ya que su constitución requiere escritura pública o formas especiales de acuerdo al tipo de bien, lo que puede afectar la difusión de este contrato.

19.4. Clases

- **De inversión:** El fideicomitente entrega al fiduciario una suma determinada de dinero para que éste realice determinadas inversiones, con el pago de las rentas correspondientes.
- **De administración:** El fideicomitente transfiere determinados bienes al fiduciario para que éste los administre y destine las ventas obtenidas a una determinada finalidad establecida previamente.
- **De garantía:** Transferencia de un bien del fideicomitente al fiduciario para que lo afecte como garantía de una deuda con un tercero.
- **De titulación:** Favorece la financiación mediante la emisión y colocación de títulos valores representativos del valor de activos líquidos de la empresa que requiere liquidez. Ello permite a las empresas, contar con apoyo financiero alternativo al sistema bancario y bursátil, sin comprometer garantías ni afectar sus balances contables.

19.5. Regulación legal

Este contrato se encuentra previsto en México, Venezuela, Colombia, Chile y en el Perú desde 1993 con la dación del Decreto Legislativo 770, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros que recoge sus elementos distintivos, criterio compartido por la Ley 26702, que la derogó y regula integralmente dicha materia.

20. CONTRATOS BURSÁTILES

Son los acuerdos de voluntades destinados a crear, regular, modificar y extinguir relaciones jurídicas patrimoniales derivadas de una operación de intermediación financiera directa en el Mercado de Valores. Dicha modalidad de intermediación se diferencia de la existente en el Sistema Financiero, debido a que no exige garantías reales del cliente ni una exhaustiva investigación de perfil financiero.

Estos contratos tradicionalmente han sido los de compra venta a plazo, reporte, doble contado a plazo y frente a los cuales surgen los contratos de futuros, opciones y préstamo de valores.

En el mercado internacional se desarrollan con habitualidad y especialización los centros comerciales dedicados a la celebración de contratos de ventas a futuro que permiten efectuar transacciones respecto a una mercadería o producto, materias primas que se determinarán o existirán en el futuro. Este mecanismo en el Mercado de Valores se realiza a través de la Bolsa de Productos.

Dichas operaciones si se celebran de manera preparatoria y no definitiva originan los contratos de opción, que en caso de no ejercer la alternativa prevista en no originar la aplicación de penalidades o indemnizaciones, por no tener el carácter vinculante y obligatorio de los contratos de futuros.

En relación al swap o permuta financiera, constituyen **instrumentos de cobertura** frente a los cambios significativos en la cotización de las divisas materias primas brindando mayor seguridad jurídica a las partes intervinientes, así como mayores niveles de rentabilidad y liquidez.

Cosideramos que la gestión empresarial es particularmente promovida por la existencia de los contratos empresariales en las diversas modalidades expuestas.

BIBLIOGRAFÍA

- CABALLO BORGIA, Rosella. El Contrato de Enginnering. Editorial CEDAM, Roma, 1992.
- FIGUEROA BUSTAMANTE. Julio Hernán. Abogado, Profesor de Derecho Bancario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- LE PERA, Sergio. Joint Venture y Sociedad. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1985.
- SPOTA, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Buenos Aires, 1975.
- VIGONE, Luisa. Contratos Atípicos. Nuevos Instrumentos Comerciales y Financieros, 1998. Editorial COSA y COYE. Roma.