

INVERSIÓN PRIVADA Y DESCENTRALIZACIÓN ECONÓMICA

*Hernán Figueroa Bustamante**

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Inversión Privada Descentralizada. 3.- Modalidades Contractuales de Promoción de la Inversión Privada en los Gobiernos Locales y Regionales. 3.1.- Joint Venture. 3.2.- Engineering. 3.3.- Franchising. 3.4.- Know How. 4.- Contrato de Gerencia. 5.- Contrato de Concesión. 5.1.- Leasing. 5.2.- Underwriting. 5.3.- Factoring. 6.- Fideicomiso. 7.- Conclusiones. Bibliografía.

1.- Introducción:

La nueva Ley de Bases de Descentralización, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, La Ley de Promoción de la Inversión Descentralizada y la Ley de Descentralización Fiscal consagran un nuevo marco jurídico que permite la generación de inversión y estrategias de generación de recursos financieros alternativos a los provenientes del Tesoro Público.

En ese contexto, así como reconoce la importancia de la planificación del desarrollo económico local y regional, la facultad de los Gobiernos Locales y Regionales para crear nuevos tributos en el ámbito de su competencia,

la importancia de los presupuestos participativos, norma las nuevas modalidades de inversión privada en sus correspondientes campos de acción.

En la actual realidad económica nacional e internacional, 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 un marco legal general y no reglamentarista las nuevas modalidades contractuales, que pueden emplearse alternativamente en la actividad empresarial privada y pública.

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. Ello ha permitido que adquiere tipicidad social o consuetudinaria derivada de su permanente y creciente utilización, en ejercicio de la autonomía privada y libertad contractual de las partes.

Sin embargo, dichos contratos no son nominados al carecer de una denominación precisa o no están previstos legalmente, carecen de tipicidad legal respecto a la naturaleza del contrato y de los derechos y obligaciones emergentes. Por ello, tienen la calidad de innominados o nominados pero atípicos, no regulados por la legislación civil y comercial.

Se advierte, sin embargo, la creciente negociación de muchas transacciones públicas y privadas que se formalizan mediante estos acuerdos 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, y el ejercicio de los derechos de los contratantes. Así, consideramos que una prudente regulación que contribuya a precisar sus elementos esenciales, en modo alguno limita sino afirma la autonomía de la voluntad, iniciativa privada y las inversiones.

2.- Inversión Privada Decentralizada

En este orden de ideas destaca las normas fundamentales del proceso de descentralización como las leyes orgánicas de los gobiernos regionales y municipalidades, así como la reciente aprobación de la legislación sobre promoción de la inversión descentralizada, que fomentan la competitividad, inversión privada y obras de infraestructura de alcance e impacto nacional, local y regional. Así, cada nivel de gobierno debe determinar los mecanismos para atraer inversiones, celebrar convenios de estabilidad jurídica en materia tributaria y promover el crecimiento económico, lo que constituye un importante incentivo para la aplicación de instrumentos financieros y de contratos empresariales modernos que alienten la presencia del capital privado, nacional y extranjero, fundamental para favorecer una auténtica descentralización económica en el país.

El proceso de privatización de empresas del Estado, expresamente comprende a diferentes tipos contractuales como la transferencia de activos, concesión, joint venture, contratos de gerencia, franquicia, titulización de activos, know how, entre otros, que posibilitan la incorporación de nuevos capitales y tecnología a un país como el Perú que requiere distribuir riqueza y no miseria.

Procederemos a comentar las características principales de los contratos de mayor vigencia en nuestro país,

especialmente los que pueden coadyuvar al desarrollo de la descentralización.

3.- Modalidades Contractuales de Promoción de la Inversión Privada en los Gobiernos Locales y Regionales

3.1 Joint Venture

Como señala Arias Schreiber ¹ «los contratos de colaboración empresarial son celebrados por empresas especializadas en una determinada actividad, que cooperan con otras para optimizar la producción. Representan acuerdos contractuales de coordinación establecidas 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, donde existe la división del trabajo y de las responsabilidades.

Este contrato permite generar una relación jurídica destinada a explotar un negocio, proyecto en común para

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, así como responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada.

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. Esta figura se aplica principalmente en el Perú en la privatización de empresas del Estado y en la captación de inversión generada mediante la inversión extranjera y asegurando nuevos mercados de exportación.

Debe recordarse que el Decreto Leg. 662 que establece las normas fundamentales sobre estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras, contempla entre sus modalidades promotoras al joint venture. Asimismo, tiene una regulación especial en la Ley General de Minería. Esta estrategia de colaboración empresarial debiera emplearse por los gobiernos regionales y locales en la construcción y modernización de puertos, aeropuertos, carreteras, considerando la aus-

¹ Arias Schreiber Pezet Max: Los Contratos Modernos Editorial Gaceta Jurídica Lima 1994.

teridad de las finanzas públicas nacionales, que obliga a la adopción de fórmulas más creativas que el permanente reclamo de transferencias presupuestales al tesoro público.

3.2 Engineering

Por este contrato una empresa se obliga frente a otra a elaborar y eventualmente realizar un proyecto o encomienda su ejecución a otra empresa que realiza también 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, ejecución de obras, entre otros.

Su empleo puede resultar fundamental en el desarrollo de obras públicas entregada en concesión a inversionistas especializados en diversos sectores económicos, considerando la necesidad y la especialización en la renovación de nuestra red caminera y carreteras.

3.3 Franchising

Por este contrato, una empresa principal franquiciante o franchisor o concedente otorga a la empresa vinculada y eventualmente controlada, franquiciada o franchisee o concesio-

naria, 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, a cambio de un precio o compensación compuesta de una renta fija y una variable proporcional a los resultados del negocio por parte de la concesionaria ².

Permite la transferencia de la sólida imagen de la concedente al 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, entrenamiento al personal de la franquiciada, manejo de su contabilidad y organización interna, resulta muy importante para el desarrollo de importantes empresas nacionales,

² Figueroa Bustamante Hernán: Contratos Modernos y Reforma Económica Artículo Publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Editorial Asesorandina Lima 1997.

limeñas y provincianas, que hayan desarrollado una eficacia especializada en la producción de alimentos, bebidas, licores típicos, bienes en general, cuya marca puede ser ofrecida en el mercado nacional o internacional, con el apoyo promocional de los respectivos niveles de Gobierno.

Se puede propiciar mediante este contrato una integración de esfuerzos entre los gobiernos locales, regionales y la sociedad civil organizada, especialmente con los agentes económicos con voluntad y potencia empresarial.

3.4 Know how

En virtud de este contrato de transferencia de tecnología, el licenciente concede el uso de la tecnología a favor del licenciatario, quien está obligado a pagar las regalías, en relación a las ventas netas ³.

Así, consideramos que una empresa municipal o regional podría celebrar un contrato de know how con una caja municipal de ahorro y crédito de Europa ó Estados Unidos u otro relevante en esta materia, para incorporar productos y servicios financieros correspondientes a una tecnología de punta, lo que permitiría aumentar su presencia en el sistema financiero.

4.- Contrato de Gerencia

En determinadas circunstancias, un empresario desea adquirir una empresa con dificultades temporales, pero con potencial comercial (como algunas que pudieran entrar en el ámbito local o regional), pero quiere revertir el cuadro de crisis que la aqueja, como paso previo a decidirse a efectuar una inversión significativa. En otros casos, no quiere exponer a sus ejecutivos por la dificultad del proceso de salvataje o por existir un riesgo cierto que el mismo resulte infructuoso.

Se puede conducir, en este sentido, los destinos de la empresa en crisis por un período establecido contractualmente, en la convicción que aportándole know how y especialistas de primer nivel con formación internacional, puede llegar a posicionarla óptimamente en el mercado, obteniendo de este modo rendimientos superiores a los que viene dando el negocio.

El contrato de gerencia es un instrumento jurídico destinado a regular todo lo relativo a la dirección, administración o gestión de una empresa, mediante el cual se cede o transfiere el manejo o gerenciamiento de una sociedad a otra compañía en condiciones estipuladas en función de cada caso.

³ Osorio Ruiz Zaida: Contratos Comerciales Modernos Editorial Idemsa. Lima 2003.

Principales cláusulas

Las principales cláusulas son las siguientes:

Primero, se confían en administración los activos de la empresa gerenciada a la sociedad gerente.

Segundo, la duración del contrato es habitualmente prolongada (entre 6 y 10 años).

Tercero, suelen convenir sucesivas prórogas automáticas.

Cuarto, la cesión de la dirección o administración comprende el manejo de los fondos que se vayan recaudando, la publicidad del acuerdo y la dirección de la planilla del personal de la empresa gerenciada, la facultad de diagramar los planes de crecimiento en el ámbito nacional o internacional, planes de marketing, auditoría, estadísticas y cobranzas, otorgamiento de poderes, gestión, elaboración de balances mensuales y anuales; retribución del gerente; garantías recíprocas, financiamiento bancario.

Quinto, permite flujos de capital, tecnologías, gestión modernas, habilidades técnicas que se pueden emplear en la gestión del gobierno central, regional o local, promoviendo la inversión

extranjera directa, a través de su instalación o en el país o la colocación de sus productos, servicios y tecnologías en el mercado nacional.

5.- Contrato de Concesión

Este contrato celebrado entre el Estado e inversionista privados busca la explotación de un servicio público por una empresa que la tiene a su cargo en virtud de haber sido declarado beneficiario en subasta pública. Permiten obtener mayor competitividad, eficiencia y sostenibilidad de las tarifas con la participación de una regulación prudente ⁴.

Una modalidad de privatización contenida en una legislación especial, como los decretos legislativos 662, 674 y 757.

5.1 Leasing

Denominado también arrendamiento financiero, es un contrato que tiene por objeto brindar financiamiento para 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 ⁵.

La entidad financiera reconoce al vencimiento, el pleno derecho del

⁴ Gastaldi José María: El Contrato de Concesión. Editorial Depalma Buenos Aires 1998.

⁵ Laguna Caballero Javier: El Contrato de Leasing. Cultural Cuzco. Lima 1994.

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

Existe una legislación especial sobre el tema, el Decreto Legislativo 299 y su correspondiente reglamento DS N° 559-85EFC impulsa la actividad económica, financiando programas de construcción. Así, se establece una estructura financiera más favorable en la adquisición de activos, que puede ser conveniente para los gobiernos locales y regionales.

5.2 Underwriting

Es el contrato consensual, bilateral, oneroso, 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 de tales valores en el mercado, garantizado su total o parcial suscripción por los inversionistas dentro de un plazo determinado, bajo el compromiso de ad-

quirir a firme el saldo de los valores no colocados, en caso que al término del plazo del acuerdo quedaran valores sin suscribir⁶.

Sobre la actividad local o regional esta modalidad 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 financiero y de valores.

Frente a las dificultades que pudieran tener los organizadores de una empresa municipal o regional, este acuerdo resulta promocional para el desarrollo empresarial y la obtención del capital social, requerido.

5.3 Factoring

Es un contrato 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 expresamente 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

⁶ Serra Puente Arnao Gerardo: El Mercado de Valores en el Perú. Cultural Cuzco Lima 2004.

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 modernizarla⁷.

Se amplían de este modo las alternativas de financiamiento usual de los gobiernos locales y regionales que experimentan diversas dificultades en la cobranza de letras de cambio, facturas provenientes de transacciones comerciales.

Este contrato favorece un conjunto de prestaciones a favor de clientes del banco. Primero, 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; segundo, la posibilidad que la entidad financiera revise y ordene la contabilidad del cliente; y tercero, asesoría financiera.

6.- Fideicomiso

La Ley General del Sistema Financiero considera este contrato, que encuentra sus antecedentes históricos en el Pactum fiduciae del Derecho Romano, así como en el Trust y el Equity del

sistema jurídico anglosajón. Pertenecen a la categoría de los llamados negocios jurídicos fiduciaros, que permiten la transferencia de un bien a una persona con la que se mantienen vínculos de confianza, a fin que la destine a un fin lícito determinado en su beneficio, en beneficio de un tercero⁸.

Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo de afectación, que permite la realización del objeto del contrato. Las partes son el fideicomitente o constituyente del fideicomiso; el fiduciario que es la persona encargada de cumplir el encargo contenido en el fideicomiso; (en el Perú en un banco o financiera) el fideicomiso o beneficiario del fideicomiso.

La titulización está prevista en México, Venezuela, Argentina, Colombia, Chile, Estados Unidos, España, Francia, Italia y en el Perú desde 1996 con la dación del Decreto Legislativo 861 (Ley General del Mercado de Valores).

Clases

En cuanto a las clases, el fideicomiso puede ser:

- De inversión: el fideicomitente entrega al fiduciario una suma determinada de dinero para que éste realice determinadas inversiones,

⁷ Leyva Saavedra José: El Contrato de Factoring. Editorial Grijley. Lima 2000.

⁸ Stewart Balbuena Alberto: El Fideicomiso. Editorial Grijley. Lima 2000.

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 exclusivamente.

- De garantía: Transferencia de un bien del fideicomitente al fiduciario para que lo afecte como garantía de una deuda con un tercero.

- De titulización: consiste en la conversión de activos ilíquidos en activos líquidos favoreciendo la financiación mediante la emisión y colocación de títulos valores representativos del valor de activos de la empresa que requiere liquidez⁹. Ello permite a las empresas contar apoyo financiero alternativo al sistema financiero y bursátil, sin comprometer garantías ni afectar sus balances contables. Puede contribuir a realizar obras de infraestructura portuaria, vial, construcción de hospitales, tal como ha sucedido en países vecinos como Colombia¹⁰.

7.- Conclusiones:

El proceso de descentralización que se viene desarrollando en el país involucra un conjunto de decisiones y planes que constituyen el inicio de un proceso de reforma administrativa, política y económica.

En ese orden de ideas resulta particularmente importante verificar que conforme a la nueva Ley Organica de Municipalidades y a la Ley Organica de Gobiernos Regionales, los gobiernos locales y regionales se constituyen en promotores de la inversión privada descentralizada.

En ese nuevo rol constituye un importante instrumento de promoción de la inversión privada, la contratación empresarial moderna en diversas modalidades que alientan la colaboración entre empresas, el financiamiento y la constitución de nuevos negocios en beneficio de la comunidad.

⁹ Paolantonio José María: La Titulización Editorial Depalma Buenos Aires 1996.

¹⁰ Rodríguez Azuero Sergio: Contratos Bancarios. Editorial Temis. Bogota 2003.

Bibliografía:

- Arias Schreiber Pezet Max: Los Contratos Modernos Editorial Gaceta Jurídica Lima 1994.
- Figueroa Bustamante Hernán: Contratos Modernos y Reforma Económica Artículo Publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Editorial Asesorandina Lima 1997.
- Osorio Ruiz Zaida: Contratos Comerciales Modernos Editorial Idemsa. Lima 2003.
- Gastaldi José María: El Contrato de Concesión. Editorial Depalma Buenos Aires 1998.
- Laguna Caballero Javier: El Contrato de Leasing. Cultural Cuzco. Lima 1994.
- Leyva Saavedra José: El Contrato de Factoring. Editorial Grijley. Lima 2000.
- Stewart Balbuena Alberto: El Fideicomiso. Editorial Grijley. Lima 2000.
- Paolantonio José María: La Titulización Editorial Depalma Bs. As. 1996.
- Rodríguez Azuero Sergio: Contratos Bancarios. Editorial Temis. Bogota 2003.



**RODRIGUEZ-MARIATEGUI & VIDAL
ABOGADOS**

**Calle Miguel Aljovín No. 530
Santiago de Surco – Lima 33
Teléfono: (511) 447 3011
Fax: (511) 447 0747
Email: romavid@rmvlaw.com
Web: www.rmvlaw.com**

* Profesor de Derecho Bancario, Financiero y Comercial de la Facultad de Derecho UNMSM, UNFV y UTP.