ULISES MONTOYA MANFREDI
ULISES MONTOYA ALBERTI — HERNANDO MONTOYA ALBERTI

DERECHO COMERCIAL

11ª edición actualizada

TOMO III

CONTRATOS MERCANTILES - CONTRATOS MODERNOS
LEGISLACION COMPLEMENTARIA

EDITORA JURIDICA CRIJLEY

Primera edición, 1973

Novena edición, 1998
Décima edición, 1999
Undécima edición, 2004.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2004, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

Hecho el Depósito Legal Nº 1501012003-6813
ISBN 9972-04-021-6 (Obra completa)
ISBN 9972-04-023-2 (Tomo II)

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1154 - Lima 1, Perú
Telfs: 426 1631 / 427 3147
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

Sede en TRUJILLO
Jirón Pizarro 540
(al lado de la Corte Superior)
Telefax: 471640
Celular: 843 4434

Sede en CHICLAYO
San José 1067
(frente a la Corte Superior)

Sede en AYACUCHO
Jr. Lima 114
Telef.: 814120

Sede en AREQUIPA
San José 315
(a media cuadra del Poder Judicial)

Dedicatoria:

A nuestros padres Carmen y Ulises cuyo ejemplo y normas de conducta han guiado nuestros pasos en la vida.

PRÓLOGO

La obra de nuestro padre, don Ulises Montoya Manfredi, la hemos venido actualizando de forma tal que no solo contemplen aquellos temas que él desarrolló en los tradicionales Tomos I y II de su obra *Derecho Comercial*, sino también aquellos que han venido surgiendo en los últimos años producto del tráfico mercantil.

De esta manera, en las ediciones anteriores hemos procurado enriquecer dicha obra no solo con las actualizaciones de los temas tratados por él, sino que hemos introducido temas que son de la materia del derecho mercantil que se han desarrollado en las últimas décadas.

En este contexto, se han estudiado los contratos modernos, que comenzamos a tratar en la edición anterior dentro del Tomo II, y que ahora, por su importancia, nos hemos visto en la necesidad de ampliar la obra con el estudio y análisis no solo de los contratos tradicionales, sino también de aquellos contratos que son producto del avance del derecho comercial, hecho que nos ha llevado a reestructurar la obra escindiendo del Tomo II (undécima edición) todo lo pertinente al tema contractual, determinando que la obra se encuentre integrada ahora por tres tomos: el primero de ellos contempla la parte general, el derecho de sociedades, el derecho concursal, así como el derecho de la competencia. El Tomo II contiene todo lo relativo a los títulos valores y al mercado de valores y, finalmente, el Tomo III, que presentamos, trata el tema contractual, tanto los propios y tradicionales del Derecho Comercial como aquellos otros contratos que se han venido desarrollando en estos últimos años, muchos

de los cuales no fueron analizados por nuestro padre, y que esperamos que encuentren la acogida debida en los estudiosos de esta materia y en los profesionales que toman la obra en consulta.

Queda, pues, como compromiso de nuestra parte, continuar con las actualizaciones de la obra de nuestro padre, así como la ampliación de la misma a efecto de que la comunidad jurídica pueda contar, en forma integral, con el análisis de la materia que corresponde al Derecho Mercantil.

Lima, abril 2006

ULISES MONTOYA ALBERTI
Profesor de la Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas de la Universidad
Nacional Mayor de San Marcos

HERNANDO MONTOYA ALBERTI
Profesor de las Universidades Nacional
Mayor de San Marcos, Pontificia
Universidad Católica, de
Lima y San Martín de Porres.

ABREVIATURAS

A.J.	Anales Judiciales
BO	Boletín Oficial
BGB	Código Civil Alemán
C.C.	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
CP	Código Penal
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COFIDE	Corporación Financiera de Desarrollo
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
D. Leg	Decreto Legislativo
D. Ley	Decreto Ley
D. S.	Decreto Supremo
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EDPYME	Entidad de Desarrollo para las Pequeñas y Micro empresas
FSIA	Foreign State Immunities Act. (Acta de Inmunidad de Estado Extranjero)
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
LGA	Ley General de Arbitraje
LGB	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
LGS	Ley General de Sociedades
LIBOR	London Interbank Offer Rate (Tasa de Oferta del Mercado Interbancario de Londres)
R. del F.	Revista del Foro
R. del T.	Revista de los Tribunales
RJP	Revista Jurídica del Perú
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
SIA	State Immunity Act (Acta de Inmunidad del Estado)
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UTE	Uniones Transitorias de Empresas

ÍNDICE

Prólogo a la Undécima Edición xii
Abreviaturas ix

SECCIÓN I
CONTRATOS MERCANTILES

Capítulo I: Disposiciones generales sobre los contratos de comercio 3
1. Características de las obligaciones mercantiles 3
2. Contratos mercantiles en general 4
3. Forma de los contratos mercantiles 7
4. Interpretación de los contratos mercantiles 9
5. Cumplimiento del contrato 10
6. Prescripción de las acciones derivadas de los contratos de comercio .. 10

Capítulo II: Contrato de comisión mercantil 11
1. Concepto y naturaleza del contrato 11
2. Formas de cumplir la comisión 12
3. Obligaciones del comisionista 13
4. Los riesgos de la cobranza 15
5. Obligaciones del comitente 15
6. Derechos de garantía 16
7. Comisiones especiales 16
8. Extinción del contrato 17

Capítulo III: CONTRATO DE DEPÓSITO 19
1. Referencias 19
2. Depósitos especiales. almacén general (warrants) 19
3. Depósitos en bancos 24

Capítulo IV: CONTRATO DE MUTUO 25
1. Concepto 25
2. Efectos del contrato 26
3. Intereses moratorios 29

Capítulo V: CONTRATO DE PRENDA 31
1. Concepto 31
2. Realización de la prenda 33
3. Irreivindicabilidad de la prenda 33
4. Prenda de participaciones sociales 33

Capítulo VI: CONTRATO DE COMPRAVENTA, PERMUTA Y TRANSFERENCIA DE CRÉDITOS NO ENDOSABLES 35
1. Concepto de compraventa y su régimen legal 35
2. Elementos reales del contrato 36
3. Efectos de la compraventa 37
4. Saneamiento y evicción 38
5. El pago del precio y la recepción de la cosa 40
6. El riesgo de la cosa vendida 41
7. Compraventas especiales 42
8. Compraventa sobre medida 42
9. Compraventa con reserva de propiedad 43
10. Traspaso de establecimiento comercial 44
11. Contrato de suministro 44
12. Contrato estimatorio 44
13. Compraventa entre distintas plazas 45
14. La permuta 46
15. Transferencia de créditos no endosables 46

Capítulo VII: CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE 47
1. Concepto del contrato 47
2. Clases de transporte 49
3. Elementos personales del contrato 50
4. Pluralidad de porteadores 51
5. Los elementos reales del contrato 51
6. La carta de porte 51
7. Contenido del contrato 54
8. Derechos y obligaciones del consignatario 56
9. Privilegios del porteador 56
10. El riesgo en el contrato 57
11. Limitación de la responsabilidad 58
12. Transporte de personas 58
13. Prescripción de acciones 59

Capítulo VIII: CONTRATO DE SEGURO 61
1. Concepto 61
2. Clases de seguros 62
3. Elementos personales del contrato 63
4. Póliza 65
5. Póliza flotante o de abono 67
6. Elementos reales del contrato 67
7. Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro 69
8. Seguro múltiple y coaseguro 70
9. Reaseguro 71
10. Obligaciones del asegurado 72
11. Obligaciones del asegurador 72
12. Rescisión del contrato 74

Capítulo IX: CONTRATO DE SEGURO CONTRA INCENDIO 77
1. Concepto 77
2. Vigencia del seguro y pago de la prima 78
3. Liquidación y pago del siniestro 79

4. Formas y efectos del pago 79
5. Derecho de subrogación del asegurador 80
6. Casos especiales de invalidez del contrato 81

Capítulo X: CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA 83
1. Concepto y clases del contrato 83
2. Los elementos personales 84
3. El beneficiario y los herederos del asegurado 86
4. El beneficiario y los acreedores del asegurado 87
5. La prima 88
6. Rescate de la póliza 89
7. El riesgo en el seguro de vida 89
8. La indemnización 90
9. Efectos del contrato 91
10. La póliza 91

Capítulo XI: CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE 93
1. Concepto 93
2. Objetos asegurables 93
3. El riesgo 93
4. La indemnización 95
5. La póliza 95

Capítulo XII: OTRAS CLASES DE SEGUROS 95
1. Concepto 95
2. Seguro contra robo 95
3. Seguro de riesgo locativo 96
4. Seguros agrícola y pecuario 96
5. Seguro de crédito 96
6. Seguro de vehículos 97
7. Seguro de responsabilidad civil 97
8. El siniestro 98
9. El monto del seguro y la suma asegurada 98
10. Obligaciones del asegurado 99

11. Obligaciones del asegurador 99

Capítulo XIII: CONTRATO DE FIANZA 101
1. Concepto y forma del contrato 101
2. Efectos de la fianza 102
3. Derechos del fiador 102

Capítulo XIV: CUENTA CORRIENTE MERCANTIL 105
1. Concepto 105
2. La novación y la compensación 107
3. Indivisibilidad de las partidas 108
4. Las partes en el contrato 108
5. El objeto del contrato 109
6. La cláusula «salvo ingreso en caja» 109
7. Clausura de la cuenta corriente 110
8. Extinción del contrato 110
9. Liquidación de la cuenta corriente 111
10. Determinación del saldo 111

CAPÍTULO XV: CUENTA CORRIENTE BANCARIA 115
1. Concepto 115
2. Depósito en cuenta corriente 117
3. Obligaciones de las partes 117
4. Apertura y terminación de la cuenta 118

SECCIÓN II
CONTRATOS MODERNOS

CAPÍTULO XVI: CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL 123
1. Antecedentes 123
2. Definición y función económica 124
3. Características 125
4. Objeto del contrato 127
5. Formas de actuar 127

6. Partes del contrato 128
7. Prestaciones a cargo de las partes 128
a) Prestaciones a cargo del agente 128
b) Prestaciones a cargo del agenciado 129
8. Causas de extinción del contrato 130

Capítulo XVII: CONTRATOS ASOCIATIVOS 131
1. Concepto 132
2. Antecedente 133
3. Definición 134
4. Obligaciones de las partes 134

A. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN 135
1. Concepto 135
2. Antecedentes históricos 137
3. Formalidades 138
4. La personalidad jurídica y la asociación en participación 138
5. Principales características 139
6. Aportes del asociado 140
7. Administración 141
8. Pérdidas y ganancias 142
9. Relaciones entre los miembros de la asociación y con terceros 143
10. Término y liquidación de la asociación 144
11. Quiebra del asociante y del asociado 145

B. CONTRATO DE CONSORCIO 147
1. Definición 147
2. Objetivo 148
3. Partes 148
4. Características del consorcio 148
5. Responsabilidades 149
6. Administración 150
7. Propiedad de los bienes 150

C. CONTRATO DE JOINT VENTURE 151
1. Definición 152
2. Etimología 154
3. Origen 154
4. Finalidad 156
5. Derecho y obligaciones de las partes 157
6. Clasificación 157
6.1. Según la forma 157
6.2. Según la función 159
a) Joint ventures operativos 159
b) Joint ventures instrumentales 159
6.3. Según la nacionalidad de las partes 159
a) Joint venture nacionales 159
b) Joint ventures internacionales 159
6.4. Según el rol de los socios 160
a) Joint ventures con un socio dominante o líder 160
b) Joint ventures de administración y operación compartida (Shared management joint ventare) 160
c) Joint ventures independientes 160
7. Principales características 160
7.1. Pluralidad de prestaciones 160
7.2. Conservación de la identidad e individualidad de la partes 161
7.3. Aportes y comunidad de intereses 161
7.4. Onerosidad 162
7.5. Adquisición de derechos por las partes 162
7.6. Fin lucrativo 162
7.7. Participación en las pérdidas 162
7.8. Carácter ad hoc 162
7.9. Ejecución continuada 162
7.10. Control conjunto de la empresa 163
7.11. Carácter consensual 163
7.12. Naturaleza asociativa 163

7.13. Contrato atípico 163
7.14. Contrato nominado 163
7.15. Carácter autónomo 164
7.16. Ausencia de formalidad 164
7.17. Relación fiduciaria 164
7.18. Responsabilidad de las partes 164
8. El joint venture y la personalidad jurídica de la sociedad 165
9. El joint venture y figuras afines 165
9.1. Joint venture y partnership 166
9.1.1. Etimología 166
9.1.2. Definición 166
9.1.3. Clasificación 168
9.1.4. Personalidad jurídica y patrimonial de la partnership 168
9.1.5. Características 169
9.2. La sociedad irregular y el joint venture 169
9.3. La asociación en participación y el joint venture 170
9.4. Consorcio y joint venture 171
9.5. El joint venture y la sociedad anónima 172
9.6. El joint venture y la sociedad colectiva 172
9.7. El joint venture y la unión transitoria de empresas 172
10. Celebración y terminación del contrato del joint venture 173
11. El joint venture y derecho de la competencia 174
12. El joint venture en la legislación nacional 176

Capítulo XVIII: CONTRATO DE CORRETAJE 179
1. Antecedentes 179
2. Concepto 180
3. Definición 180
4. Características 180
5. Naturaleza jurídica 181
6. Partes que intervienen 182
7. Obligaciones de las partes 183
8. Deberes del corredor 183
9. Obligaciones de quien hace el encargo al corredor 184

10. Derecho a la retribución 185
11. Identidad entre el negocio mediado y el celebrado 185
12. Extinción del contrato 185

Capítulo XIX: EL CRÉDITO DOCUMENTARIO 187
1. Antecedentes e importancia del crédito documentario 187
2. Concepto y definición 189
3. Naturaleza jurídica del crédito documentario 193
4. Diferencias con otras figuras jurídicas 198
5. Características 205
6. Elementos del crédito documentario 205
6.1. Elementos personales 205
6.1.1. El ordenante 206
6.1.2. El Banco 206
• *Banco emisor* 207
• *Banco notificador* 208
• *Banco confirmador* 208
• *Banco pagador* 209
• *Banco negociador* 209
• *Banco de reembolso* 209
6.1.3. El beneficiario 209
6.2. Elementos reales 210
7. Modalidades del crédito documentario 210
7.1. Crédito documentario revocable 211
7.2. Crédito documentario Irrevocable. 211
7.3. Crédito documentario divisible 212
7.4. La cláusula verde 212
7.5. La cláusula roja 212
7.6. Crédito transferible e intransferible 212
7.7. Crédito confirmado y simple 213
7.8. «Revolving Credit» 213
7.9. Crédito circular 213
7.10. Crédito «back to back» 213
8. Obligaciones de los intervinientes en un crédito documentario 214

8.1. Obligaciones del banco emisor 214
- *Verificar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario* 214
- *Pagar* 214
- *Enviar los documentos al ordenante* 214
- *Transferir el crédito* 215
- *Rembolsar al pagador* 215

8.2. Obligaciones del ordenante 215
- *Pagar la comisión* 215
- *Hacer la provisión oportuna o rembolsar la suma pagada* 215
- *Las garantías* 216
- *Pagar los intereses pactados* 217

8.3. Obligaciones del beneficiario 217
- *Presentar los documentos* 217

8.4. Facultades del beneficiario 217
- *Hacer despachos parciales* 217
- *Transferir la carta* 218
- *Ceder los derechos derivados del crédito* 219

Capítulo XX: CONTRATO DE ESPONSORIZACIÓN 221

1. Antecedentes 221
2. Definición 222
3. Clases de esponsorización 226
   - *a) Objeto de la contraprestación* 226
     - *a.1) Esponsorización cultural* 226
     - *a.2) Esponsorización deportiva* 227
     - *a.3) Esponsorización televisiva* 227
   - *b) Contraprestación* 227
4. Características del contrato 228
   - *a) Consensual* 228
   - *b) Oneroso* 229
   - *c) Bilateral* 229
   - *d) Sinalagmático* 229
   - *e) Conmutativo* 230
5. Elementos del contrato 230

a) Objeto del contrato 230
b) Causa 232
c) Sujetos del Contrato 233
d) Consentimiento 234
6. Obligaciones y derechos de las partes 234
a) Obligaciones de las partes 234
b) Derechos de las partes 235
7. Esponsorización y figuras afines 235
a) Subvención y donación 235
b) Contrato de merchandising deportivo 236
c) Esponsorización y product placement 236
d) Esponsorización y testimonial 236
e) Esponsorización y patrocinio publicitario 236
f) El contrato de esponsorización y la locación de servicios 237
g) El contrato de esponsorización cultural y el contrato de obra 237
h) El contrato de esponsorización y la donación modal. 238
8. Cláusulas principales 238
a) Cláusula de no concurrencia 238
b) Cláusula de exclusividad 239
c) Cláusula de prioridad o preferencia 239
d) Cláusula de participación en ventas o beneficios 239
e) Cláusula de resolución de controversias 239
f) Cláusula de distribución contractual de los riesgos 239
g) Cláusula de extinción de las obligaciones 240
h) Cláusula resolutoria expresa 240
i) Cláusula de reparación de daños 241
j) Cláusula penal 241
9. Esponsorización deportiva 241
a) Esponsorización y derecho a la propia imagen 242
b) Objeción de conciencia 245
10. Protección al derecho de la utilización de la imagen del deportista en la legislación peruana 246

Capítulo XXI: CONTRATO ESTIMATORIO 249
1. Antecedentes 249
2. Función económica 249
3. Concepto 250
4. Partes contractuales 250
5. Objeto del contrato 250
6. Naturaleza jurídica 251
7. Características 252
8. Consignación y representación 252
9. Los riesgos y la disposición sobre las cosas 253
10. Obligaciones de las partes 253
a) Obligaciones del consignante: 253
b) Obligaciones del consignatario: 254

Capítulo XXII: CONTRATO DE FACTORING 255
1. Introducción 255
2. Antecedentes del contrato de factoring 257
3. Concepto del contrato de factoring 262
4. Función económica 264
5. Naturaleza jurídica 265
5.1. Teoría de la apertura de crédito 268
5.2. Teoría del descuento 269
5.3. Teoría de la Compraventa y Cesión de Derechos 270
6. Definición del contrato de Factoring 271
7. Características del contrato 273
8. Elementos del contrato 275
8.1 Elementos personales 275
a. La empresa de factoring 275
b. El cliente 277
c. El deudor cedido 278
8.2. Elementos materiales del contrato de factoring 279
8.2.1. De los instrumentos 279
a) La factura conformada 280
b) La factura comercial 284

c) Letra de cambio y pagaré 284
9. Modalidades del contrato de factoring 285
10. Obligaciones de las partes en el contrato 290
10.1 Obligaciones del cliente 290
a) Universalidad 290
b) Garantizar la existencia, exigibilidad y vigencia de los instrumentos al tiempo de celebrarse el factoring 291
c) Notificar la realización del factoring a sus deudores, cuando sea el caso. 293
d) Recibir los pagos que efectúen los deudores y transferirlos al factor, cuando así lo haya convenido con éste 293
e) Informar y cooperar con el factor 293
f) Retribuir al factor por los servicios adicionales recibidos 294
10.2. Obligaciones de la empresa de factoring 295
a) Cobrar los créditos 295
b) Financiación 295
c) Calificación del deudor del cliente 296
d) Asumir el riesgo crediticio de los deudores 296
11. Ventajas para las partes 297
12. Extinción del contrato 300

CAPÍTULO XXIII: CONTRATO DE FIDEICOMISO 303
1. Evolución 303
2. Concepto 305
3. Elementos del contrato 306
a) Elementos reales 306
b) Elementos personales 307
4. Derechos y Obligaciones de las partes 309
5. El Patrimonio fideicometido 313
6. Clases de Fideicomiso 314
a) Fideicomiso testamentario 314
b) Fideicomiso de administración 315
c) Fideicomiso de inversión 315
d) Fideicomiso en garantía 315
e) Fideicomiso de seguro de vida 315

f) Fideicomiso cultural 315
g) Fideicomiso filantrópico 315
h) Fideicomiso vitalicio 316
7. Formalidad y publicidad *316*
8. Protección de los bienes fideicometidos 317
9. Término del Fideicomiso 317

Capítulo XXIV: CONTRATO DE FRANCHISING 319
1. Concepto 319
2. Función económica 320
3. Ventajas que ofrece esta modalidad contractual 320
4. Definición 321
5. Naturaleza jurídica 323
6. Características del contrato 323
7. Estructura del contrato 324
8. Clases de Franquicia 326
9. Elementos del contrato 327
10. Obligaciones de las partes 327
a) Del franquiciado 327
b) Del franquiciante 327
11. Derechos de las partes 328
12. Extinción del contrato 329

CAPÍTULO XXV: CONTRATO DE FUTUROS 331
1. Introducción 331
2. Objetivo 334
3. Definición 334
4. Operaciones en el mercado de futuros 336
5. Origen de los contratos de futuro 336
6. Principales bolsas de futuros 337
7. Clasificación de los mercados de futuros 339
8. Participantes 340
9. Principales características de los contratos de futuros 342
10. Contrato de futuro y contrato forward 343

11. Contrato de futuro y el contrato de opción 345
12. Contratos de Swaps 346
13. Terminación del contrato de futuros 347
14. La compraventa de bienes futuros en el derecho civil y en el derecho bursátil 348

CAPÍTULO XXVI: CONTRATO DE LEASING 349
1. Antecedentes 349
2. Vocablo leasing 351
3. Definición 352
4. Clases de Bienes 354
5. Casos de Leasing 356
6. Leasing operacional y Leasing financiero 356
6.1. Leasing operativo. 357
6.2. Leasing financiero 357
7. Terminología 358
8. Relaciones entre las partes intervinientes 359
9. Derechos y obligaciones de las partes 360
9.1. Derecho de las partes 360
9.2. Obligaciones de las partes. 361
10. Clasificación de las empresas de leasing 362
11. Naturaleza jurídica 363
a) Compraventa 364
b) Compraventa a plazos 364
c) Locación-venta 364
d) Compraventa a plazo con reserva de dominio 365
e) Arrendamiento 365
f) Préstamo 366
g) Renting 366
h) Mandato 368
i) Depósito 368
j) Opción de compra 368
k) Fiduciario 369
l) Contrato atípico 369

m) Contrato complejo 370
n) Contrato mixto 370
12. Características del contrato de leasing 370
13. Elementos propios del contrato de Leasing 371
a) Opción de compra. 371
b) El valor residual 372
14. Etapas del arrendamiento financiero 372
a) Selección del bien 372
b) Propuesta contractual 373
c) Principales cláusulas contractuales 374
1. Posibilidad de sustitución del bien 374
2. Opción final de compra 374
3. Restitución del bien 375
4. Prórroga del arrendamiento o compra del bien 375
6. Garantías 375
7. Seguros 375
8. Resolución 375
9. Canon 376
10. La identificación del bien 376
11. Uso adecuado del bien 376
d) Perfeccionamiento del contrato 377
e) Vigencia del contrato 378
f) Ejecución 378
g) Plazo del contrato 379
h) Conclusión del contrato 380
i) Efecto del contrato 381
15. Clases de leasing 381
16. Variantes del Contrato de leasing 382
17. El Leasing y la legislación concursal 388
18. Aspectos tributarios 389
19. Tratamiento contable 393
20. El leasing y la legislación bancaria 394
21. Emisión de bonos de arrendamiento financiero 395

22. Leasing Internacional 397
23. Disposiciones sobre el leasing en la legislación peruana 400
23.1. Normas que regulan el arrendamiento financiero 400
23.2. Requisitos 402
23.3. Terminación del contrato 403
24. Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero 403
24.1. Ventajas 403
24.2. Desventajas 404
25. Legislación comparada 405
a) Argentina 405
b) Bélgica 405
c) Brasil 405
d) España 405
e) Panamá 405
f) Uruguay 406
Decreto Legislativo Nº 299. Arrendamiento financiero (Leasing) 407
Decreto Legislativo Nº 915. Retroarrendamiento financiero 413
Decreto Supremo Nº 559-84-EFC. Reglamento del Decreto Legislativo Nº 299 414

Capítulo XXVII: CONTRATO DE PRÉSTAMO SINDICADO 421
1. Denominación y funcionamiento del mercado 422
2. Causas del desarrollo del mercado 423
3. Contrato de crédito sindicado 425
3.1. Finalidad 425
3.2. Antecedentes de los créditos sindicados 426
3.3. La oferta 426
3.4. Idioma del contrato 428
4. Naturaleza jurídica de los contratos de crétido sindicado 429
4.1. Contrato de préstamo 429
4.2. Contrato de apertura de crédito 430
4.3. El contrato de préstamo y la apertura de crédito en cuenta corriente en la legislación peruana 435
4.4. Situación de los contratos de créditos sindicados o eurocréditos. 436

5. Participación de los bancos en los contratos del eurodólar 437
5.1 Bancos gerentes, banco agente y bancos participantes 437
5.2 Bancos de la referencia 438
5.3 Relaciones entre los bancos participantes 439
5.4. Obligaciones del banco agente 441
6. Ley aplicable al contrato 442
7. Cláusula de jurisdicción 443
8. Inmunidad soberana y los contratos de eurocrédito 444
8.1. La inmunidad soberana en el sistema legal británico 446
8.2. La inmunidad soberana en los Estados Unidos de América 448
8.3. Cláusula de renuncia a la inmunidad 450
8.4. La inmunidad soberana y la doctrina del acto de Estado 451
9. La doctrina del acto de estado 452
9.1. La doctrina del acto de Estado en los Estados Unidos de América ... 452
9.2. La doctrina del acto de Estado en el sistema legal británico 455
10. El desarrollo del mercado y las modificaciones de algunas cláusulas de los contratos de eurocrédito 456

Capítulo XXVIII: CONTRATO DE PROJECT FINANCE 459
1. Definición 460
2. Etapas 461
3. Business Operation Transfer (BOT) 462
4. Riesgos 464
5. Mecanismo del flujo de fondos 464
6. Participantes 464
6.1. Patrocinadores 465
6.2. Prestamistas 465
6.3. El Estado 465
6.4. Proveedores y contratistas 465
6.5. Compradores 466
6.6. Banco fideicomisario 466
6.7. Otros participantes 466
7. Relaciones jurídicas 466
7.1. Contrato de concesión 467

7.2. Contrato de préstamo 467
7.3. Acuerdo intercrediticio 468
7.4. Acuerdo de fideicomiso 469
7.5. Contrato de ventas a largo plazo 470

Capítulo XXIX: CONTRATO DE SUMINISTRO 471
1. Orígenes y antecedentes 471
2. Concepto y definición 472
3. Naturaleza Jurídica 477
4. Diferencia con otros contratos 479
5. Características del Contrato de Suministro 483
5.1. Carácter consensual 483
5.2. Autonomía propia 483
5.3. Contrato de duración 484
5.4. Contrato de prestaciones reciprocas 485
5.5. Prestaciones periódicas y continuadas 485
5.6. Contrato oneroso 485
5.7. Contrato principal 486
5.8. Contrato mercantil 486
5.9. Contrato conmutativo 487
5.10. Colaboración empresarial 487
6. Bienes objeto del Contrato y contenido 487
7. Derechos y Obligaciones de las partes 489
7.1. El volumen del suministro 489
7.1.1. Convencional 490
7.1.2. Legal 491
7.2. Periodicidad del suministro 492
7.2.1. Convencional 492
7.2.2. Legal 493
7.3. Obligaciones a cargo del suministrado 493
7.3.1. Precio del suministro 493
7.3.1.1. Determinación 494
7.3.2. Pago del precio en el suministro periódico 496
7.3.3. Indeterminación del precio en el suministro periódico 496

7.3.4. Pago del precio en el suministro continuado 497
8. Cláusulas especiales 497
8.1. Cláusula de preferencia 498
8.2. Cláusula de Exclusividad 499
a) En favor del suministrante 501
b) En favor del suministrado 501
8.3. Cláusula de promoción 502
9. El incumplimiento y la extinción del contrato de suministro 502
9.1. El incumplimiento 502
9.1.1 Incumplimiento de escasa importancia por el suministrado 502
9.1.2. Incumplimiento de importancia 503
9.2. Extinción del contrato 504
9.2.1. Vencimiento del plazo de duración 504
9.2.2. Resolución por incumplimiento 504
9.2.3. Otras formas de extinción 504

Capítulo XXX: CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO 505
1. Orígenes y antecedentes 505
2. Concepto y definición 509
3. Objeto del contrato 512
4. Naturaleza jurídica del contrato de emisión de tarjeta 512
a) La tarjeta de crédito como medio de pago 515
a.1) El pago mediante tarjeta de crédito 515
a.2) La tarjeta de crédito como sustituto del dinero 518
b) La tarjeta de crédito como un caso especial de corretaje 518
c) La tarjeta de crédito como un caso de asunción privativa de deuda . 519
d) La tarjeta de crédito como especie del contrato de crédito 520
e) La teoría de la interrelación múltiple 520
f) La tarjeta de crédito como contrato plurilateral 522
g) La tarjeta de crédito como acto complejo 523
h) La tarjeta de crédito como contrato conexo 525
5. Características 529
6. Elementos del contrato 530
6.1. Elementos personales 530

6.2. Elementos reales 533
6.2.1. Precio 533
6.2.2. La tarjeta 533
a) Naturaleza jurídica de la tarjeta 534
b) La propiedad de la tarjeta 536
6.3.1. Cupones 538
6.3.1. Estados de cuenta 538
6.3.2. Liquidación de cargos o liquidaciones de pago 538
7. Derechos y obligaciones de las partes 539
7.1. Derechos y obligaciones del usuario 539
7.2. Derechos y obligaciones de la empresa emisora 540
7.3. Derechos y obligaciones del comerciante adherido al sistema 541
8. Clasificación de las tarjetas de crédito 543
8.1. Tarjetas de crédito emitidas por empresas comerciales 543
8.2. Tarjetas de crédito emitidas por bancos o grupos de bancos 543
8.3. Tarjetas de crédito no bancarias 543
8.4. Tarjetas no crediticias 543
9. El contrato de tarjeta de crédito en la legislación peruana 545
9.1. Alcances de la regulación administrativa 545
9.1.1. Definición administrativa 546
9.1.2. Regulación de la relación existente entre la empresa bancaria y el usuario 547
a) Obligaciones de las empresas antes de otorgar tarjetas de crédito 547
b) Obligaciones de las empresas después de otorgar tarjetas de crédito. 548
9.1.3. Regulación de la relación existente entre la entidad bancaria y los establecimientos afiliados 548
10. Terminación del contrato 549

Capítulo XXXI: CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA (KNOW-HOW) 551
1. Orígenes y antecedentes 551
2. Concepto y definición 553
3. Naturaleza jurídica 558

4. Función económica 559
5. Características 562
6. Diferencias con otras figuras jurídicas 563
7. El objeto del contrato 565
8. Elementos del contrato: personales y especiales 566
8.1. Elementos personales 566
8.2. Elementos especiales 567
8.2.1 El conocimiento 567
8.2.2. Secreto 567
9. Derechos y obligaciones de las partes 568
9.1. Derechos y obligaciones del cedente 568
9.1.1. Derechos del cedente 568
9.1.2. Obligaciones del cedente 569
9.2. Derechos y obligaciones del beneficiario 571
9.2.1. Derechos 571
9.2.2. Obligaciones 572
10. La protección del secreto técnico industrial y comercial en la legislación peruana 573
10.1. Los aspectos que involucra la protección del secreto técnico industrial y comercial 573
10.1.1. Protección contra el beneficiario 574
10.1.2. Protección frente a un empleado 575
10.1.3. Protección frente a un tercero 576
10.2. Protección de los «secretos comerciales» 578
10.3. El conocimiento debe ser patentable 579
11. Terminación del contrato 579

Capítulo XXXII: CONTRATO DE UNDERWRITING 581
1. Orígenes y antecedentes 581
2. Concepto 584
3. Función económica 586
3.1. Medio en el que se desarrolla el contrato de underwriting 587
3.2. Segmentos del mercado de valores 588
3.2.1. Mercado primario 588

3.2.2. Mercado secundario 588
3.3. Operaciones de underwriting 588
3.3.1. Actos preparatorios 588
3.3.2. Celebración del contrato 589
3.3.3. Ejecución del contrato 589
4. Elementos del contrato 589
4.1. Elementos personales 589
4.2. Elemento real del contrato 591
5. Características del contrato 591
6. Naturaleza jurídica y su relación con otros contratos 593
6.1. Con el contrato de comisión mercantil 593
6.2. Con el contrato de compraventa 594
6.3. Con el mandato 594
7. Modalidades de underwriting 596
7.1. Colocación en firme 596
7.2. Colocación con prefinanciamiento 596
7.3. Colocación no firme 597
7.4. De garantía 597
7.5. Colocación en base de mayores esfuerzos 597

Capítulo XXXIII: CONVENIO ARBITRAL 599
1. Legislación en materia de arbitraje 600
1.1. Epoca colonial 600
1.2. Epoca republicana 601
1.3. El arbitraje en las diversas Constituciones 604
2. El arbitraje como institución 605
3. Definición de Arbitraje 606
4. Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso 607
5. Objeto del convenio arbitral y objeto del arbitraje 608
6. Asuntos no arbitrables 608
7. Convenio arbitral 611
8. Definición de Convenio Arbitral 613
9. Forma del Convenio arbitral 614

10. Modalidades del Convenio arbitral 616
11. Contenido del Convenio Arbitral 618
12. Arbitraje testamentario 620
13. Arbitraje estatutario 621
14. El convenio arbitral inválido, inexistente, nulo 623
a) Convenio inválido 623
b) Convenio inexistente 624
c) Convenio ineficaz 624
d) Convenio nulo 624
15. Rechazo o desconocimiento del convenio arbitral 625
16. Autonomía del Convenio arbitral. 625
17. Competencia – Competencia de los árbitros 627
18. Normas aplicables a la resolución de la controversia 628
19. Arbitraje Institucional 629
a) Aceptación del arbitraje por la institución arbitral 629
b) Incumplimiento del encargo 630
c) Fusión, escisión y extinción de la Institución Arbitral 630
d) Institución arbitral inexistente 631
20. Procedimiento 631
a) Designación de los árbitros. 633
b) Número de árbitros 634
c) Idiomas 635
d) Lugar del arbitraje 635
e) Plazo 636
f) Normas sobre el funcionamiento del tribunal arbitral. 636
21. Terminación del Convenio arbitral 636
22. Convenio arbitral e interrupción de la prescripción 637
23. Excepción del Convenio Arbitral 638

Capítulo XXXIV: COMERCIO ELECTRÓNICO 639
1. Internet 641
1.1. Definición de Internet 642
1.2. Redes de comunicación 643
1.3. Wold Wide Web (WWW) 643

1.4. Características jurídicas 643
2. Comercio Electrónico 644
2.1. Definición 644
2.2. Ventajas y desventajas del comercio electrónico 645
a) Presencia global y elección global 646
b) Facilidad de acceso 646
c) Reducción del costo de operación y reducción de precios 646
d) Incremento del volumen de ventas 646
2.3. Categorías del Comercio Electrónico 647
a) Empresa-Empresa o Bussines to Bussines (B2B) 647
b) Empresa-Consumidor o Bussines to Consumers (B2C) 647
c) Empresa-Administración Pública 648
d) Consumidor-Administración Pública 648
2.4. Principios aceptados en el comercio electrónico. 649
1. El principio de la equivalencia funcional y no discriminación 649
2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados 649
3. Principio de la neutralidad tecnologica. 650
2.5. El comercio electrónico y la contratación por medios electrónicos. 650
2.6. El comercio electrónico y los derechos de autor 650
2.7. Comercio electrónico y nombres de dominio 653
2.8. Comercio electrónico y correspondencia no deseada 653
2.9. Legislación en materia de comercio electrónico 655
2.9.1. Ley de Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico. 656
3. Contratos informáticos 657
3.1. Definición 657
3.2. Objeto del contrato informático 658
4. Documento electrónico 659
4.1. Creación y soporte 659
4.2. Documento y firma 660
4.3. Definición 661
4.4. Garantía de autoridad e integridad del documento electrónico 662
4.5. Valor probatorio del documento electrónico 663

4.6. Seguridad 664
4.7. Microformas 664
5. Firma Electrónica 667
5.1. Definición 667
5.2. Firma electrónica avanzada o firma digital 668
5.3. Característica de la firma electrónica avanzada 670
5.4. La criptografía 671
5.5. Funcionamiento de la firma electrónica 673
5.6. Métodos de autenticación de la firma electrónica 675
5.7. Validez de la firma electrónica 675
5.8. Certificado digital y las entidades certificadoras 676
5.9. Legislación 679
6. Contratación Electrónica 680
6.1. Definición 680
6.2. Nacimiento de la relación entre las partes. Oferta y aceptación 680
6.3. Naturaleza de las normas que regulan los contratos electrónicos 683
6.4. Intercambio automático de mensajes 684
6.5. Acuse de recibo 684
6.6. Determinación de la fecha 685
6.7. Lugar de celebración del contrato y ley aplicable 685
6.8. Plazos de entrega 687
6.9. Medios de contratación electrónica 688
6.10. Vicios de la contratación electrónica 689
6.10.1. Error 689
6.10.2. Dolo 690
6.11. Alteración del documento 690
6.12. Legislación peruana 690
7. Contratación electrónica y la contratación a distancia 691
8. Contratación Electrónica y derecho del consumidor 693
8.1. Cláusulas generales de contratación y la contratación electrónica 693
8.2. Cláusulas abusivas 694
8.3. Wrap agreement 694
9. La tributación en el comercio electrónico 696

10. Delitos informáticos 699
10.1. Definición de delitos informáticos 699
10.2. Delitos computacionales 701
10.3. Delincuente informático 702
10.4. Legislación en el Perú 703
Ley N° 27269 (28 de mayo de 2000). Ley de Firmas y Certificados Digitales 705
Decreto Supremo Nº 019-2002-JUS (17 de mayo de 2002). Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales 709
Resolución de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales Nº 0103-2003/CRT-INDECOPI. Aprueba Disposiciones complementarias al reglamento de la Ley de Firmas y Certificados digitales 728
Ley Nº 27291 (24 de junio 2000). Modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos 737
Ley Nº 26612 (21 de mayo de 1996) Modifica el Código Procesal Civil - Medios Probatorios 738
Ley Nº 27419 (07 de febrero de 2001) Modifica el Código Procesal Civil - Notificaciones 739
Ley Nº 28186 (5 de marzo 2004). Establece los alcances del Decreto Legislativo Nº 681 mediante el cual se regula el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información 740
Ley Nº 27309 (17 de julio de 2000). Delitos informáticos 741
Ley Nº 28493 (12 de abril de 2005). Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM) 742
Decreto Supremo Nº 031-2005-MTC (30 de diciembre de 2005) Reglamento de la Ley Nº 28493. 745
Ley 28530 (25 de mayo de 2005). Promoción de acceso a internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas publicas de internet 752
Resolución Conasev Nº 008-2003-EF/94.10 (07 de febrero de 2003). Información a través de la red del mercado de valores peruanos (MVNET) 754

BIBLIOGRAFÍA 763

SECCIÓN I

CONTRATOS MERCANTILES

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE COMERCIO

1. Características de las obligaciones mercantiles. 2. Contratos mercantiles en general. 3. Forma de los contratos mercantiles. 4. Interpretación de los contratos mercantiles. 5. Cumplimiento del contrato. 6. Prescripción de las acciones derivadas de los contratos de comercio.

1. CARACTERÍSTICAS DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

El concepto de obligación mercantil no difiere jurídicamente del de obligación civil, que no se encuentra definido en nuestra legislación. La doctrina la define como un vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, en virtud del cual una o varias de ellas quedan sujetas al deber de entregar a la otra una prestación, correspondiendo a las primeras la condición de deudor o deudores, y a las segundas la de acreedores. La prestación consiste en dar, hacer o no hacer.

El tráfico acelerado de valores patrimoniales, propio de la actividad mercantil, ha originado la existencia de instituciones jurídicas aptas para organizar los elementos destinados a producir los bienes necesarios para satisfacer las necesidades humanas y para promover masivamente su circulación, lo que ha determinado que los contratos comerciales ostenten determinadas características resultantes de la influencia de los factores económicos, sujetos a cambios constantes, que inciden con mayor intensidad en el ámbito mercantil y que han gravitado en la legislación civil, a tal punto que ha originado un movimiento intenso hacia la unificación del derecho de los contratos, que ha alcanzado consagración legislativa en muchos países.

Entre nosotros, el Código Civil vigente ha realizado esta unificación respecto a los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza (art. 2112), de naturaleza mercantil, sometiéndolos a las disposiciones del código sustantivo y derogando los artículos 297 a 341, 320 a 341 y 433 del Código de Comercio.

Es de hacer notar que los principios clásicos de la contratación, la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, se han visto afectados, debido en gran parte, a la presencia cada vez mayor de las empresas productoras de bienes o proveedoras de servicios que imponen las condiciones del contrato a través de los contratos-tipo, con cláusulas preestablecidas que no es posible sean modificadas por quienes aisladamente contratan con ellas. Y si bien en esta forma se facilita la contratación en masa, característica de nuestra época, no puede dejarse sin protección a quienes están en la necesidad de contratar, los terceros y al público en general, lo que explica la intervención del Estado en el campo de la actividad contractual.

Los arts. 50 al 63 de C. del C., contenidos en la parte dedicada a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, y que ha sido sustituida por el Título I de la Sección Primera (Libro VII) del C.C. de 1984, en virtud de lo dispuesto por el art. 1353, que establece que todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales del mencionado Título I del C.C., salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato; destacan dichos artículos del C. de C., como características de las obligaciones mercantiles, la ausencia de formalidades, la rapidez y el rigor de ejecución, por lo que no se reconocen términos de gracia o de cortesía o que en alguna forma difieran el cumplimiento de las obligaciones, salvo los contenidos en el contrato o establecidos en una disposición de la ley, que señalen el plazo después de contraídas para el cumplimiento de la obligación, o que establece la mora automática si los contratos tuvieran día señalado para su cumplimiento, o el día de la intimación judicial o notarial si no lo tuvieran.

2. CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

El C. de C., en sus arts. 50 al 63, contiene las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, estableciendo el primero de los dispositivos mencionados que las normas que los rigen son las del derecho común, en lo que no se encuentre expresamente dispuesto en el código mencionado. Como se ha visto, el C.C. vigente somete a las reglas generales sobre el particular (Título I de la Sección Primera del Libro VII) a todos los contratos de Derecho Privado. Resultaría, así, que todo lo referente a esta materia, así como lo concerniente a los contratos de naturaleza mercantil incorporados en el C.C. (compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza) habría que remitirlo a la disciplina propia de la materia, en la que debe hacerse el estudio correspondiente. Empero, como puede advertirse fácilmente, las normas pertinentes del C.C. están fuertemente influenciadas por el

Derecho Comercial, lo que permite aludir al fenómeno de la comercialización del Derecho Civil en el campo de las obligaciones contractuales.

En referencia a los requisitos y elementos de los contratos, cabe indicar lo establecido por el C.C., que, en alguna forma, modifica lo establecido por el C. de C. Así ocurre tratándose de la capacidad de las partes, teniendo en cuenta que el ejercicio del comercio supone la celebración de contratos de diversa índole. El inc. a) del art. 1 del Código Mercantil reputa comerciante a los que tienen «capacidad legal» para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. Esto implica, como se ha mencionado, gozar de la capacidad de contratar, para lo cual el Código Civil señala como capaces a los mayores de 21 años y los menores de edad legalmente emancipados que tengan la libre disposición de sus bienes, lo cual ha sido modificado, siendo actualmente la edad de 18 años en la que se alcanza la mayoría de edad. Asimismo, el C.C. faculta, de un modo general, a los incapaces privados de discernimiento a celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

En referencia al consentimiento de las partes como elemento del contrato, aparte de que debe estar libre de los vicios de error, dolo, violencia, intimidación o fraude que lo invalidan, conviene destacar algunas modalidades que se presentan con bastante frecuencia en la contratación mercantil. Así ocurre en los contratos a distancia en los que transcurre un lapso entre la oferta y la aceptación, lo que hace necesario decidir en qué momento se reputa celebrado el contrato.

Las consecuencias prácticas de la decisión son distintas, pudiendo surgir diferencias sustanciales en los cálculos económicos efectuados por las partes sobre los resultados del contrato, que pueden originar la revocatoria de la proposición.

Como es sabido, sobre el particular se han formulado las siguientes soluciones: a) de la *expedición*, que considera aceptada la oferta desde que se expide la respuesta aceptándola; b) de la *recepción*, que admite como aceptada la oferta desde que la respuesta es recibida por el ofertante; c) de la *contestación*, que estima obligatoria la aceptación desde que se contesta aceptando, aunque no se haga la expedición; y d) del *conocimiento*, que reputa obligatoria la aceptación cuando el ofertante toma conocimiento de ella. El C. de C. (art. 54) acoge la teoría de la contestación, que ya no puede tomarse en cuenta en vista de lo establecido en los arts. 1353, 1373 y 1374 del C.C., que considera que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, reputando que se ha tomado conocimiento de ella, así como de la oferta, de su revocación y cualquier otra declaración contractual a determinada persona en el momento que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste apruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

La formación del contrato se inicia, pues, con la oferta que debe contener todos los elementos sustanciales, de modo que la parte a quien se dirige sólo dé su asentimiento, lo que no descarta la revocatoria de la misma si antes, o simultá-

neamente con su recepción, llega a conocimiento del destinatario dicha revocatoria antes de su aceptación. Esta y otras vicisitudes referentes a la oferta y la aceptación están cuidadosamente consideradas en el Título II de la Sección Primera del C.C. vigente, materia que corresponde al curso de Derecho Civil, por lo que no vamos a ser más extensos. Debemos sí mencionar que una de las formas frecuentes de contratación mercantil es mediante las ofertas al público, o sea a persona indeterminada, *incertam personam*, lo que, en muchos casos, ofrece la dificultad de decidir si hay verdaderas propuestas de contrato o invitaciones para ofertar. Lo mismo ocurre tratándose de la promesa de recompensa a persona indeterminada que se emplea con frecuencia a ganadores de concursos de diversa índole, respecto a lo cual se discute sobre su fuerza vinculatoria. El C.C. (art. 1338) considera que la oferta al público vale como invitación a ofertar considerándose ofertantes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

En todo caso, la propuesta debe revelar la intención de celebrar el contrato. De aquí que no se consideran propuestas las declaraciones carentes de contenido jurídico, las que llevan inserta la indicación «sin compromiso», y los pedidos meramente informativos. En cuanto a la oferta en pública subasta, debe entenderse que el subastador formula una invitación a ofertar, siendo las posturas las ofertas, condicionadas al más alto precio que se ofrezca.

En el campo comercial la vigencia de la oferta es generalmente breve, siendo frecuente que se señale el plazo por el que rige. Si no fuese así, el C.C. (inc. 1, art. 1385) establece la caducidad si la persona con quien el ofertante está en comunicación inmediata no la aceptó de inmediato Si, igualmente, se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el ofertante no está en comunicación inmediata, la oferta caduca si hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste, si antes de recibida la oferta, o simultáneamente con ésta, llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente (incs. 2 y 3 del art. 1385).

Es evidente que para que se forme el contrato, la aceptación debe corresponder exactamente a la propuesta. Sólo así podrá ser válida la declaración dirigida al proponente para perfeccionar el contrato. Si se introdujeran modificaciones, el C.C. de 1936 (art. 1332) las reputaba como propuesta de un nuevo contrato. No es necesario que la aceptación sea expresa; también puede ser tácita. Esto último cuando se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, pero esto no rige cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado (arts. 141 y 142 del C.C.).

El concurso de voluntades manifiesta el consentimiento de las partes y en unión de los demás requisitos perfecciona el contrato. El concierto de voluntad de las partes puede lograrse a través de terceros, como es el caso del art. 55 del C. de C., o sea, cuando interviene agente o corredor que trasmite la propuesta del autor que es aceptaba por el otro contratante.

> Respecto a los contratos en que las partes no están en comunicación inmediata, la ejecutoria suprema de 21 de enero de 1977 resolvió que en los contratos internacionales por correspondencia se reputa como lugar de celebración aquel de donde partió la oferta, y que, de acuerdo a las prácticas establecidas en el comercio internacional, la remisión de las mercaderías constituye la aceptación por parte del vendedor de la oferta formulada por el presunto comprador (Exp. Nº 1488-76. Loreto. *RJP*, Nº 396, p. 79).

En cuanto al objeto del contrato, éste consiste, según el C.C., en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones (art. 1402), distinguiéndolo del objeto de la obligación, que debe ser lícita, agregando que el bien que es objeto de ella, así como la prestación en que consiste, deben ser posibles. La licitud supone que la obligación contraída no es opuesta a la ley o a las buenas costumbres. En relación con la actividad comercial hay casos de ilicitud originados en exigencias de la seguridad del tráfico mercantil, o por razones de interés público, que limitan la voluntad de las partes respecto a las prestaciones objeto del contrato. Puede tratarse del caso de venta de materias cuyo comercio está prohibido por ley, o de venta con motivos ilícitos, como sería el caso negociar con ciertas sustancias, conociéndose el fin antijurídico a que se les va a destinar. Puede ser, también, la prohibición de la competencia, establecida por ley o contrato; o la reserva de contratación en determinados campos de actividad, en favor del Estado.

3. FORMA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

La forma puede ser la que las partes decidan y que admita el derecho, presumiéndose que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad, según lo preceptúa el art. 141 del C.C., agregando el art. 1412 que si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita en la ley, o la convenida por escrito bajo sanción de nulidad, las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. La misma regla rige para las modificaciones del contrato (art. 1413).

La contratación mercantil se caracteriza por la celeridad y por la sujeción a los principios de la buena fe, lo que explica que se permita la libertad de forma, con las excepciones referidas en determinados casos en que deba otorgarse seguridad y certeza por especiales razones. Así ocurre tratándose del contrato de seguro (art. 424 del C. de C.), entre otros.

La facultad de estipular una cláusula penal no está sujeta al libre albedrío de las partes, sino que debe guardar relación con la obligación principal, estando el Juez facultado para reducirla equitativamente cuando sea manifiestamente excesiva (Ejecutoria Suprema de 29 de diciembre de 1972). Los contratos mercantiles deben ser cumplidos y ejecutados de buena fe (Ejecutoria Suprema de 3 de octubre de 1977 Exp. 759-77. Lima. *RJP*, Nº 405. p. 1196).

En cuanto a la prueba, a la que también hace referencia el C. de C. (art. 51), remitiéndose al efecto al C.C., habría que mencionar los medios propios del Derecho Mercantil, como son los libros de comercio, los de los agentes mediadores, los libros del capitán del buque y los conocimientos de embarque.

La Corte Suprema, en ejecutorias de 25 de octubre de 1945 (*El Derecho*, Arequipa, 1947, p. 800); de noviembre de 1936 (*R. de los T.*, 1936, p. 425) y 1 de abril de 1954 (*RJP*, Nº 124, p. 602) ha resuelto que la prueba testimonial no enerva el derecho del comprador, si la compra puede acreditarse por otros medios; que tampoco se enerva el mérito de una letra de cambio con prueba testifical destinada a demostrar hechos contrarios a su texto integral; y que el mérito ejecutivo de una letra de cambio no puede ser enervada por prueba testimonial u oral, deficiente y contradictoria.

Finalmente, el art. 59 del C. de C., en su última parte, establece que si resultan insuficientes las normas interpretativas que el código menciona, se decidirá la cuestión en favor del deudor, criterio que no comparte el C.C., y que ha ido abandonándose de las modernas legislaciones por no considerarse equitativo en los casos en que el deudor establece o impone las condiciones del contrato, como ocurre en los depósitos en bancos o instituciones de crédito, o respecto a las indemnizaciones derivadas del transporte entre otros casos.

Otras normas aclaratorias referentes a diversas circunstancias contenidas en el art. 60 del mismo código, como son las de que el día debe reputarse de veinticuatro horas, a que los meses deben considerarse conforme al calendario gregoriano y que los años deben considerarse de trescientos sesenta y cinco días, contribuyen a precisar los plazos contractuales, exceptuándose de las reglas enunciadas lo que se establezca en relación con aquellos contratos en que figuren títulos valores, que se rigen por la legislación especial.

La ejecutoria suprema de 5 de julio de 1978 resolvió que en los contratos mercantiles no es posible reconocer términos de gracia, cortesía u otros que bajo cualquier denominación difieren el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en ellos (Exp. Nº 952-78, Ica, *RJP*, Nº 416-417, p. 857).

Por su parte, el C.C. vigente establece que el plazo de los actos jurídicos se computa de acuerdo al calendario gregoriano; que el plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles; que el plazo señalado por meses se cumple en el mes de vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial, y si en

el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes; si el plazo es señalado por años, rige la regla anterior; que el plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento; y si el día del plazo es inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Estas reglas son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición contraria o acuerdos diferentes (arts. 183 y 184 C.C.).

4. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

El C.C. no contiene reglas de interpretación de los contratos, sino de los actos jurídicos (Título IV, arts. 168 al 170), mencionando que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe; que sus cláusulas se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, y que las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y objeto del acto. El C. de C., por su parte, establece en el art. 57 que el contrato debe ejecutarse de buena fe, según los términos «en que fueron hechos y redactados», o sea que alude a la interpretación literal, excluyendo las tergiversaciones del sentido recto, propio y usual de las expresiones o que restrinjan los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieran explicado su voluntad y contraído sus obligaciones. Como puede apreciarse, existe coincidencia fundamentalmente entre ambas fórmulas. El C. de C. hace mención expresa a un medio propio del Derecho Mercantil a que nos hemos referido, y que son los libros de los agentes o corredores a los que otorga un carácter decisorio en las divergencias entre los ejemplares del contrato que presenten los contratantes, siempre que dichos libros sean llevados conforme a ley (art. 58).

Es de hacer notar que el C. de C. establece un distingo respecto a la interpretación de los actos de comercio y los contratos, en cuanto a la jerarquía de las normas a aplicarse, pues tratándose de los contratos se remite a lo establecido en el propio código o en leyes especiales, y en seguida a las reglas del derecho común; el art. 2, que trata de los actos de comercio, se remite después de las disposiciones del código a los usos del comercio y en tercer lugar a las disposiciones del derecho común. Si bien, como hemos visto, el C.C. en su art. 1353 establece que las reglas generales contenidas en la respectiva sección del código rigen a todos los contratos de Derecho Privado, salvo si son incompatibles con las reglas particulares de cada contrato; las reglas de interpretación del acto jurídico no hacen referencia alguna a los usos, lo que permite afirmar que se trata de dos clases de usos: los interpretativos, a que se refiere el C.C., y los normativos, mencionados por el C. de C., que resulta corroborado por el art. 50 de este código que dispone que los contratos mercantiles están sujetos en cuanto a su interpretación al propio Código, sin mencionar los usos comerciales.

5. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Las prestaciones materia del contrato deben ser satisfechas, en caso contrario, se origina el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, o a satisfacer la indemnización que corresponda. Si el monto de ésta hubiera sido previsto, la parte perjudicada podrá reclamar el cumplimiento del contrato o la pena convenida, pero utilizando una de estas acciones quedará extinguida la otra, de no mediar pacto en contrario, dice el C. de C. (art. 56).

El C.C. vigente contiene numerosos dispositivos debidamente sistematizados que regulan las variadas situaciones que se presentan en referencia a la materia. Examina en primer lugar lo referente a los contratos con prestaciones recíprocas (arts. 1426 a 1434); a los casos de cesión de posición contractual (arts. 1435 a 1440); de excesiva onerosidad de la prestación (arts. 1440 a 1447); a la lesión (arts. 1447 a 1456); de las arras confirmatorias y de retracción (arts. 1477 a 1483); a las obligaciones de saneamiento (arts. 1484 a 1528), que resultan aplicables a los contratos comerciales, en virtud del tantas veces citado art. 1353 y que son materia de la disciplina civilista.

Hacemos notar, específicamente en referencia a la lesión, que actualmente la misma puede darse en referencia a los contratos en general, a diferencia de lo que ocurría antes de la dación del actual C.C., que sólo se refería a la compraventa, y en el que el C. de C. sólo lo admitía respecto a los bienes muebles, lo que resultaba congruente con su art. 320, que reputaba mercantil únicamente este contrato sobre esta clase de bienes, no considerándola como causal rescisoria, pero sí como originante de indemnización de daños y perjuicios a cargo del contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal (art. 339).

6. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE COMERCIO

Los derechos y acciones emergentes de los contratos mercantiles se extinguen por inactividad del titular en exigir en los plazos señalados en la ley. Rigen al efecto las disposiciones de los arts. 1989 al 2007 del C.C., en mérito de lo dispuesto en el art. 1353 del mismo. Al examinar los contratos en particular haremos las referencias del caso, teniéndose en cuenta además lo dispuesto en los arts. 953 a 965 del C. de C.

CAPÍTULO II
CONTRATO DE COMISIÓN MERCANTIL

1. Concepto y naturaleza del contrato. 2. Formas de cumplir la comisión. 3. Obligaciones del comisionista. 4. Los riesgos de la cobranza. 5. Obligaciones del comitente. 6. Derechos de garantía. 7. Comisiones especiales. 8. Extinción del contrato.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONTRATO

La sección tercera del Libro Segundo del Código de Comercio contiene dos títulos. El primero se refiere a la «comisión mercantil» y el segundo a «otras formas del mandato mercantil, factores, dependientes y mancebos». De lo expresado, y de lo que disponen los arts. 237 y 275, se desprenden que, de esas formas de mandato, una es la de la comisión y la otra es la que concierne a los empleados que, en diversos niveles, colaboran con el comerciante. Esta diferencia entre una y otra forma de mandato es decisiva para los efectos de la aplicación de las leyes de protección social.

De lo expresado en el art. 237 del código se deduce que el mandato es mercantil si reúne dos requisitos: uno *objetivo*, o sea, que la comisión tenga por objeto un acto u operación de comercio, que en la mayoría de los casos es encontrar a la persona que, en las condiciones más favorables al comitente, concluya el negocio de comprar o vender en que consiste la comisión; y otro *subjetivo*, que sea comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista. Habría que agregar que la comisión no es contrato gratuito, como no lo es el mandato civil que se presume oneroso (art. 1791 C.C.), a diferencia de lo que ocurría en el Código de 1936, que lo presumía gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1635).

Como en la comisión, así como en el mandato, se trata del cumplimiento de un encargo; suele confundirse con otros contratos, principalmente con el de arrendamiento de servicios y con el contrato de empleo, no obstante que entre ellos existe diferencias sustanciales conforme resulta de la naturaleza de este contrato, y de lo que se expondrá más adelante, siendo de destacar, entre otras, la de que el comisionista puede contratar en nombre propio (art. 238), lo que no ocurre con el factor o los empleados, que siempre contratan a nombre de su «principal» (arts. 278 y 286); el factor o empleado es un dependiente en relación al principal; el comisionista goza de independencia en su actividad para el cumplimiento de la comisión y es, a su turno, un «principal» respecto a sus propios dependientes, a quienes puede confiar determinadas operaciones subalternas (art. 255); los empleados no pueden ejercer el comercio por su propia cuenta ni interesarse en nombre propio o ajeno, ni el perder los beneficios en favor del principal soportando ellos las pérdidas, siendo además causal de despedida si lo hicieran (art. 282, e inc. 2 del art. 294), restricciones que no juegan en contra del comisionista, que puede negociar y de hecho negocia por cuenta propia.

Lo que contribuye a confundir ambas figuras es que en algunos contratos de empleo se pacta como retribución un porcentaje o una cantidad sobre las ventas, que se denomina «comisión», lo que no indica la naturaleza del contrato, sino una forma de pago del servicio. Por eso se habla de los contratos a «comisión», que indica la naturaleza del convenio, dada la función gramatical de la preposición. Al examinarse más adelante el contenido y los efectos de ambos contratos, resultarán con toda nitidez las diferencias entre ambas figuras.

La comisión se diferencia de la mediación o corretaje en que el mediador promueve o facilita, a cambio de una remuneración, la celebración de un contrato entre determinada persona y un tercero, o sea, que se limita a poner en relación a las partes, cumpliendo una función meramente material. Es este un contrato *sui generis*, innominado, o sea, comprendido entre las convenciones *facio ut des*, sujeto al pago de una remuneración al mediador.

La comisión se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pudiendo inferirse la aceptación por parte del comisionista si realiza los encargos que constituyen la comisión (art. 242).

2. FORMAS DE CUMPLIR LA COMISIÓN

El comisionista puede actuar en *nombre propio* o en el de su comitente, caso este último en que se presenta la figura de la representación.

Si actúa en nombre propio queda obligado de modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las partes con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni este contra aquellas (arts. 238 y 239), lo cual se explica porque la persona del comitente no se ha revelado en ningún momento ni, en consecuencia, se le ha tomado en cuenta por quien contrató con el comisionista.

El comisionista puede contratar en nombre propio, o en el de su comitente; cuando lo hace en nombre propio queda obligado en forma directa, como si el negocio fuera suyo, y las personas con quienes contrató no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas; y cuando contrata en nombre del comitente debe de manifestarlo de manera expresa y, en este caso las acciones derivadas del contrato surtirán efecto entre el comitente y la persona que contrató con el comisionista (Ejecutoria Suprema de 8 de setiembre de 1992. Exp. Nº 793-91. Lima, *Jurisprudencia Civil*, p. 69).

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 7 de enero de 1927 (*R. del F.*, p. 52) ha resuelto que si no pudiendo el comisionista desempeñar directa y personalmente la comisión que se le hubiere conferido, transfiere a otro el mandato, las obligaciones que éste contraiga en el mejor desempeño de la comisión, serán de cuenta de aquél, conforme a los arts. 239 y 255 del C. de C. (*R. del F.*, enero-marzo, 1927, p. 52).

Si actúa en nombre del comitente, deberá manifestarlo verbalmente o por escrito, en la forma que corresponda, según el caso (art. 240). En tal supuesto, el contrato y las acciones que de él derivan se producirán entre el comitente y la persona que contrató con el comisionista. Sin embargo, la sola afirmación del comisionista no puede ser bastante para obligar al comitente; deberá probar la comisión si éste la negare, quedando, entre tanto, obligado únicamente el comisionista con las personas con quienes contrató, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 6 de octubre de 1932, ha establecido que el abuso del mandato no exime de responsabilidad al mandante respecto de terceros que contrataron de buena fe con el mandatario (*R. del F.*, 1932, p. 335).

3. OBLIGACIONES DEL COMISIONISTA

La importancia del contrato, el rol que cumple el comisionista como promotor de la actividad comercial, su condición de intermediario independiente, le imponen algunas *obligaciones desde antes de aceptar la comisión*. Así resulta de lo dispuesto en el art. 241 del C. de C., que lo obliga comunicar al comitente su no aceptación; también le exige prestar la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que los consigne a disposición del Juez o aquél designe nuevo comisionista, imponiéndole, en caso de incumplimiento, la responsabilidad de indemnizar por los daños y perjuicios que sobrevengan al comitente.

El cumplimiento de la *comisión aceptada o empezada a evacuar* (art. 245), observando lo establecido en las leyes y reglamentos (art. 252) y la de *rendir cuentas* de las sumas que recibió para la comisión, son las dos obligaciones básicas de las cuales derivan las demás.

La obligación de acatar las instrucciones recibidas (art. 247), *consultando lo no previsto* (art. 248) y el no actuar *en ningún caso contra disposición expresa del comitente* (art. 249), lleva consigo la sanción de responder por los daños y perjuicios en

caso de incumplimiento, de la que no podrá librarse alegando que procedió de buena fe, creyendo ser lo más provechoso para el comitente. Si está autorizado para obrar a su arbitrio o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio (art. 248).

Otra es la obligación de *comunicar frecuentemente al comitente las noticias* que interesan al buen resultado de la negociación, participándole sin tardanza los contratos que hubiese celebrado (art. 253).

Tiene también la obligación de *defender los intereses del comitente*, lo que supone cobrar los créditos de su comitente en las épocas que fueren exigibles (art. 267); *evitar la confusión de los efectos pertenecientes a distintos dueños* (art. 262); *vender, en caso de alteración, los efectos que tenga en su poder* (art. 263); *no concertar operaciones a precios o condiciones más onerosas que las corrientes*, sin que le sirva de excusa haber hecho operaciones por su cuenta en iguales circunstancias (art. 251); *suplir fondos*, si se pactó su anticipación (art. 244); *no dar a los fondos recibidos destino distinto del de la comisión* (art. 258); *desempeñar por sí los encargos que reciba* (art. 255), y *si hiciera delegación por estar autorizado para hacerlo* responderá de las gestiones del sustituto, si lo eligió el comisionista (art. 256), no *prestar ni vender al fiado o a plazos, sin autorización del comitente* (art. 264).

En cuanto a la *obligación de rendir cuentas* de las cantidades que percibió para la comisión (art. 257), lleva consigo la de reintegrar al comitente, en el plazo y forma que éste le presenta, el sobrante que resulte a su favor. Dicho sobrante puede ser dinero o mercaderías que aquél le hubiere remitido y que se encontrasen en poder del comisionista.

Está obligado a *responder de la conservación de las mercancías que tenga en su poder por cuenta ajena* (en comisión), salvo que la destrucción o menoscabo sea debido a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa, casos en los cuales debe dar al comitente el aviso respectivo, dentro de las veinticuatro horas, o por el correo inmediato (art. 260).

Obligación de hacer constar las averías y deterioros de las mercaderías, al hacerse cargo de ellas, a fin de librarse de responder en los términos, condiciones y calidades que le fueron anunciadas al avisársele la remesa (art. 259).

Prohibición de intervenir como contraparte, o sea de comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender, ni vender lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente (art. 261). Se trata de evitar, en esta forma, el peligro que el comisionista anteponga su interés personal al de comitente, descuidando el deber de diligencia con que debe actuar y faltando a la confianza que se ha depositado en él. Es verdad que este peligro desaparece si los efectos que se le han encargado están sujetos a cotización oficial, o si resultando que no hubiere interesados, el único lo fuere el comisionista. Compulsando una y otra posibilidad, el Código ha optado por la prohibición, que se elimina si media licencia del comitente.

4. LOS RIESGOS DE LA COBRANZA

Si el comisionista percibiese sobre una venta, además de la comisión ordinaria, una de garantía, queda obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador (art. 266).

La garantía debe ser pactada, pues, por regla general, el comisionista no responde al comitente del cumplimiento por el tercero de las obligaciones asumidas por éste como resultado de la comisión, lo cual se explica porque el comisionista obra por cuenta de su comitente, quien, en consecuencia, aprovechará el beneficio o soportará la pérdida del negocio encomendado. Debe entenderse que la garantía está pactada si, como lo prevé el art. 266, el comisionista percibió, además de la comisión ordinaria, una de *garantía*.

5. OBLIGACIONES DEL COMITENTE

La principal *obligación del comitente es abonar el premio pactado* o, en defecto de pacto, lo que corresponda con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza en que se cumpliere la comisión (art. 271).

Por regla general, el importe de la retribución a la que se denomina «comisión» se fija en forma de porcentaje sobre el importe de la operación encomendada. La disposición legal al respecto, de acuerdo con el carácter mercantil del contrato, supone la onerosidad del mismo, o sea, que la gestión del comisionista debe ser retribuida. Para que no se considere así, debe haber pactado en contrario.

> La Corte Suprema ha resuelto que el mandato mercantil, por su naturaleza, en caso de que no haya pacto, se regirá por la costumbre, ordenando pagar a un corredor por concepto de comisión el dos por ciento del precio de venta, y cuando no exista pacto expreso respecto a la cuota, ella se fijará con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza (Ejecutoria Suprema de 19 de setiembre de 1955, Exp. Nº 545-55. Lima. *RJP*, Nº 141, p. 475).

En principio, la obligación de pagar el premio sólo existe si se cumple la comisión, o sea, si se consuma el contrato o la operación encargada por el comitente, salvo que no se realizara por causa imputable a éste.

Otra obligación es *proveer al comisionista de los fondos necesarios para el desempeño de la comisión y retribuirle sus gastos* (art. 272), lo que significa, en cuanto a lo primero, *contrario sensu*, que puede el cumplimiento del encargo no exigir provisión de fondos, por lo cual la ley no autoriza al comisionista para reclamarla, ya que, por lo demás, el comitente es libre de revocar la comisión en cualquier estado del negocio, aunque queda sujeto a las resultas de las gestiones practicadas antes de haber hecho saber la revocación (art. 273).

Por otra parte, el comisionista está autorizado a no desempeñar el encargo que exige provisión de fondos, aunque lo hubiese aceptado, si el comitente no pone a su disposición las sumas necesarias al efecto, o a suspender las gestiones

si, habiendo hecho inversiones de sus propios recursos, el comitente rehusare la remisión de nuevos fondos que aquél le pidiese (art. 243).

En cuanto a la obligación de retribuirle el importe de los gastos efectuados por el comisionista, implica además el pago del interés legal desde el día en que los hubiere hecho hasta el total reintegro. Los gastos deberán ser justificados, debiendo entenderse como imputables al cumplimiento de la comisión.

6. DERECHOS DE GARANTÍA

Tanto el comisionista como el comitente están garantizados por la ley respecto a los derechos emergentes del contrato.

Las *garantías* o *privilegios en favor del comisionista* consisten en el derecho de retener los efectos recibidos o que conserva en su poder o que se encuentren a su disposición como consecuencia del encargo, hasta que se le haga pago de sus anticipaciones, gastos y derechos de comisión, con el producto de los mismos efectos, con preferencia a los demás acreedores del comitente (art. 270).

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 7 de enero de 1907, ha resuelto que el comisionista tiene derecho a retener los efectos que recibió en consignación, mientras no se le reembolse de sus anticipaciones, gastos y derechos de comisión. No hay lugar a la acción de daños y perjuicios por la negativa del comisionista a la entrega de las mercaderías, hasta el pago de sus derechos (Cuaderno Nº 643-1906. *AJ.*, 1906, p. 540).

No debe entenderse que sólo procede la preferencia cuando los efectos se encuentren físicamente en poder del comisionista. Pueden estar a su disposición en depósito o almacén público por haberse remitido a su nombre, habiendo recibido el conocimiento, talón o carta de transporte firmada por el encargado de verificarla.

7. COMISIONES ESPECIALES

Pueden reputarse como tales la comisión de compra o venta y la comisión de transporte.

La *comisión de compraventa* es la más frecuente de las formas de comisión y a ella dedica el código algunas reglas especiales encaminadas a resolver cuestiones concretas. A ellas se refieren los arts. 261, 263, 264, 265. y 266, el primero de los cuales menciona la prohibición, ya examinada, de *convertirse en contra-parte*, lo que se denomina «autoentrada del comisionista».

La *venta de efectos en caso de urgencia* (art. 263), releva al comisionista de la obligación de solicitar instrucciones al comitente (art. 249) y sujetarse a ellas (art. 248), salvo que los efectos que tenga en su poder sufrieran alguna alteración que hiciere urgente su venta, caso en el cual acudirá al Juez para que lo autorice a la venta, lo que se justifica porque se trata de cuidar los intereses del comitente.

La *venta al fiado* por parte del comisionista de los efectos a él confiados, resulta prohibida si no está autorizado para efectuarla. Como sanción se le impone la de asumir los riesgos de la operación, obligándolo a pagar al contado al comitente el precio de la venta. Si tuviere autorización en tal sentido, la ley le obliga a participar al comitente los nombres de los compradores a plazo, entendiéndose si no lo hace que las ventas fueron al contado (arts. 264 y 265).

Comisión de transporte es aquella en la que el comisionista se obliga a pactar un contrato de transporte en concepto de cargador y por cuenta del comitente. El contrato es muy frecuente para quienes, no disponiendo de servicios propios de transporte, se ven en la necesidad de servirse de un intermediario especializado en la contratación para expedir las mercancías a su punto de destino.

Son aplicables a esta forma de comisión las reglas generales a que se ha hecho referencia, salvo las de la compraventa, pero, además, rigen normas especiales, como la del art. 269 (que obliga al comisionista a contratar cumpliendo las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas, quedando sujeto a todas las obligaciones propias del cargador para con la empresa porteadora si contrató el transporte en nombre propio) y la del art. 268 (que responsabiliza al comisionista que no asegura los efectos teniendo órdenes para hacerlo habiendo recibido la correspondiente provisión de fondos). También el comisionista está obligado a renovar el seguro si durante el riesgo el asegurador se declarase en quiebra, al no haberle prevenido en caso contrario el comitente.

Finalmente, el art. 374 declara aplicables al comisionista las disposiciones del contrato de transporte que rigen para el porteador, declarándolo subrogado en el lugar de éste en cuanto a obligaciones, responsabilidades y derechos.

8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Como todos los contratos, el de comisión se extingue si se ha realizado el objeto para el que fue celebrado o cuando se ha vencido el plazo de duración, o cuando ha sobrevenido imposibilidad de llevarlo a cabo. Pero, además, existen causas de extinción propias de este contrato, derivadas de su carácter personal, basado en la confianza, y que son: la revocación declarada por el comitente y la muerte o inhabilitación del comisionista (art. 274), o sean las mismas causas de extinción del mandato del derecho común (incs. 1, 3 y 4 del art. 1649 del C.C.), salvo lo referente a la muerte del comitente, que, a diferencia de lo que ocurre en el mandato, no origina la extinción de la comisión. El art. 274 del C. de C. contiene un agregado que es obvio, en el sentido que los herederos del comitente o sus representantes pueden revocarlo.

La *revocación* habrá que ponerla en conocimiento del comisionista para que surta efecto. Entre tanto, los actos y contratos que ejecute serán válidos frente al comitente. Los posteriores son de cargo del comisionista, que ya no lo es en virtud de la revocación.

En cuanto a la *muerte* o *inhabilitación del comisionista*, se basa en la mencionada característica de tratarse de un contrato celebrado *intuitu personae*. En cambio, respecto al comitente, la muerte o inhabilitación de éste no extingue el contrato, por el fundamento de que el negocio mercantil continúa en interés del comitente y en el supuesto del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el comisionista, en base a la confianza en él depositada y a la buena fe con que se supone ha de cumplir las obligaciones contraídas.

CAPÍTULO III
CONTRATO DE DEPÓSITO

1. Referencias. 2. Depósitos especiales. Almacén general. (warrants). 3. Depósitos en Bancos.

1. REFERENCIAS

Este contrato es uno de los que el C.C. de 1984 ha incorporado, derogando los arts. 297º a 304º del C. de C. Nos remitimos a la disciplina del derecho civil por corresponder su estudio a esta materia. Empero, como el art. 1853º del propio Código alude a las leyes especiales sobre depósitos en bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras Instituciones análogas, vamos a hacer las referencias del caso.

2. DEPÓSITOS ESPECIALES. ALMACÉN GENERAL *(WARRANTS)*

Los Almacenes Generales de Depósito, como instituciones auxiliares del comercio, tienen la facultad de emitir determinados títulos-valores (certificados de depósitos y vale de prenda «warrants»). Los Certificados de Depósitos y los Warrants son expedidos única y exclusivamente por almacenes generales de depósito, empresas que tienen que organizarse bajo la forma societaria de una sociedad anónima y se encuentran sometidas a la supervisión del Superintendencia de Banca y Seguros.

La *forma de estos contratos* es escrita, debiendo el almacén general que recibe las mercaderías entregar un «certificado de depósito», que llevará anexo un «warran», si así lo desea el interesado. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 229.3 de la Ley de Títulos Valores (Nº 27287) también es posible que el interesado solo

requiera la emisión del warrant o el certificado[1]. Estos documentos se extenderán según modelo que apruebe la Superintendencia de Banca y Seguros. Mediante Resolución SBS Nº 019-2001 se aprobaron los formularios a utilizarse para la emisión de Certificado de Depósito y Warrant. Ellos llevarán numeración impresa correlativa y serán retirados de los libros talonados impresos que conservará el almacén general, debiendo consignarse en los recibos, así como en los talones, los datos que permitan identificar a las partes; los objetos depositados; la fecha de entrega; el monto del seguro que obligatoriamente debe tomarse; el tiempo por el que se hace el depósito, que no excederá de un año; la cantidad que ha de pagarse por almacenaje y operaciones anexas; la declaración de estar o no los artículos afectos a derechos de aduana, impuestos de consumo y otros, expresándose el importe de lo que se adeuda por estos conceptos.

Los «certificados de depósitos» representan la propiedad sobre la mercadería depositada, mientras los «warrants» son títulos que representan su posesión. La transmisión de los *warrants* da lugar a un derecho de prenda sobre la mercadería depositada.

Los «certificados de depósito», como los «warrants», son transferibles por endoso. El legítimo tenedor tiene el derecho de retirar las mercaderías y puede pedir que el depósito se divida en lotes y que por cada lote se le otorgue nuevo certificado con su «warrant» respectivo.

Las situaciones que pueden presentarse por el endoso de ambos documentos o de uno de ellos son las siguientes:

a) El endoso de ambos títulos a favor de la misma persona determina la transferencia de la propiedad y la libre disposición de la mercadería.

b) El endoso del certificado de depósito determina la transferencia de la propiedad sobre la mercadería depositada, manteniéndose el gravamen prendario que consta en el «warrant».

c) El endoso del «warrant», determina que el endosatario adquiera el derecho de prenda sobre la mercadería depositada, en garantía de la suma adecuada.

Por otra parte, se prohíbe a los Almacenes de expedir certificados de depósitos por mercadería sujeta a gravamen o mandato judicial, siempre y cuando dichas medidas hayan sido notificadas a la administración.

Desde que el «warrant» garantiza una obligación, el incumplimiento de esta a su vencimiento trae como consecuencia que el tenedor del título lo pueda protestar

---

[1] Art. 229.3.- El almacén general de depósito entregará las mercaderías depositadas, a la presentación de ambos títulos: salvo que se haya limitado a emitir sólo el Certificado de Depósito o sólo el Warrant: lo que deberá constar expresamente y en forma destacada en el único titulo emitido con las cláusulas: «Certificado de Depósito sin Warrant Emitido» o «Warrant sin Certificado de Depósito Emitido».

contra el primer endosante, dentro de los ocho días, con las formalidades para el protesto de la letra de cambio.

Transcurrido dos días desde la fecha del protesto, el administrador del almacén, a solicitud del acreedor, ordenará, sin decreto judicial, la venta de las mercaderías depositadas, no siendo necesario la tasación de las mercaderías y se adjudicará al mejor postor, cualquiera que sea el precio ofrecido.

Este procedimiento únicamente podrá suspenderse por estado de concursado, declarado según la ley de la materia (Ley General del Sistema Concursal) u otra orden judicial, previa consignación del importe de la deuda, intereses y gastos.

Si el endose del «warrant» se hubiere hecho con la cláusula sin garantía, el tenedor del *warrant* no tiene acción alguna contra el endosante por el saldo de su acreencia que no alcance a ser cubierta con el precio de las mercaderías.

El almacén general es responsable por la custodia y conservación de los efectos depositados, comprendiendo la obligación de *asegurarlos* si el depositario no lo hubiese hecho, y deberá *devolverlos* al tenedor del certificado y del «warrant» anexo, constando la cancelación de este último si hubiese sido negociado o se hallare endosado a su favor o en blanco. Tiene, por otra parte, el derecho a que se le paguen los gastos de almacenaje, conservación y operaciones anexas, gozando de preferencia, incluyendo el monto del seguro, en casos de venta forzada de los efectos depositados.

Originalmente, el régimen legal concerniente a los Almacenes Generales de Depósito y los documentos que éstos emiten (Certificado de Depósito y *Warrant*) se encontraba en la Ley Nº 2763, promulgada el 27 de junio de 1918; su Reglamento, aprobado por el D. S. Nº 85 de fecha 20 de diciembre de 1963; disposiciones complementarias dictadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y en la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros. A partir de la vigencia de la Ley de Títulos Valores (No. 27287) se derogan las disposiciones de la Ley 2763 y sus modificatorias y los títulos emitidos por los almacenes generales de depósito son regulados por dicho dispositivo. Y, en lo que se refiere al régimen de constitución y supervisión de dichas empresas, quedan sometidas a las normas reguladoras de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros (Ley No. 26702). El proceso para la constitución de los Almacenes Generales de Depósito se regula por las disposiciones contenidas en la Resolución SBS Nº 600-98 y por las normas que la modifiquen o complementen en lo que resulte pertinente. En tanto que el régimen al cual se sujeta sus operaciones está normado por la resolución SBS Nº 040-2002 del 16 de enero de 2002, tal como se detalla más adelante.

Entre las disposiciones de la Ley Nº 26702 se encuentran aquellas que regulan la prórroga y renovación del *warrant*, requiriéndose, en el caso de que se trate de productos perecibles, contar con la aprobación de los almacenes generales de depósitos, emisores del título (art. 168º).

En razón de la facilidad de su ejecución y la prenda contenida en el documento, el *warrant* como instrumento de garantía es utilizado para operaciones de carácter financiero; en este sentido, la Ley Nº 26702 establece ciertas limitaciones como que no puedan recibir en garantía *warrants* emitidos por un solo Almacén General de Depósito, por encima del 60 % de su patrimonio efectivo. Por otra parte, se permite que el límite de financiamiento a una misma persona pueda ser del 15% de su patrimonio efectivo, en caso que el financiamiento se encuentre garantizado con warrants (arts. 204º y 207º).

Por otro lado, por Resolución de la SBS Nº 040-2002 del 16 de enero de 2002 se aprobó el Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito, que se aplica tanto a las personas jurídicas que desarrollan esta actividad como, en lo pertinente, a los tenedores de Certificados de Depósito y *Warrants*.

El objeto social de una empresa de almacén general de depósito debe ser el desarrollo de la actividad de almacenamiento de bienes; recibir bienes en almacenamiento; emitir Certificados de Depósito y *Warrants*, conforme a las disposiciones de la Ley Títulos Valores, Ley N' 27287, y las disposiciones emitidas por la Superintendencia; establecerse y operar como depósito aduanero autorizado, previo cumplimiento de los requisitos legales exigidos por las normas especiales sobre la materia; inspeccionar prendas agrícolas o industriales; practicar inventario de bienes; realizar servicio de pesaje; transportar o distribuir bienes por cuenta de sus clientes; manipular carga; y realizar otros servicios vinculados a la actividad de almacenamiento.

Se clasifican los almacenes de acuerdo a lo siguiente:

a) Almacén Propio: Se denomina Almacén Propio al recinto que de manera exclusiva está en posesión y uso del AGD, sea como propietario, arrendatario, comodatario o en virtud de cualquier otro título, en el cual se pueden realizar las operaciones y prestar los servicios propios de su giro, establecidos por el órgano social competente del AGD para cada Almacén Propio. En caso la posesión y uso del Almacén Propio sea a título distinto al de propietario, el AGD no puede recibir en depósito, en ese almacén, bienes del propietario de dicho Almacén.

b) Almacén Principal: Es el Almacén Propio de propiedad del AGD, definido como tal por el órgano social correspondiente del AGD, en el cual se pueden realizar todas las operaciones y servicios propios del giro del AGD y que cuenta con la infraestructura necesaria para el almacenamiento de bienes.

c) Almacén de Campo: Es el recinto respecto al cual el depositante tiene derecho de posesión y uso, sea como propietario, arrendatario, comodatario o por cualquier otro título, y que es cedido en uso, total o parcialmente, a un AGD con la finalidad de que almacene bienes de propiedad del depositante, bienes cuyo traslado fuera de las bodegas o

locales originales no es conveniente. La condición de Almacén de Campo debe indicarse en el rubro de «modalidad de depósito» de los títulos respectivos.

d) Almacén de Campo Múltiple: Es el almacén de campo constituido por un AGD en plantas de procesamiento de productos, destinado al almacenamiento financiero de dichos productos, de propiedad de diversos depositantes. En estos almacenes, los bienes deben ubicarse en lotes separados por cada depositante, indicándose en el rubro de «modalidad de depósito» de los títulos respectivos, la referencia «Almacén de Campo Múltiple». Están sujetos a las normas generales de los almacenes de campo.

e) Almacén de Campo Múltiple Compartido: Es el almacén de campo constituido por más de un AGD en plantas de procesamiento de productos, destinados al almacenamiento financiero de dichos productos, de propiedad de diversos depositantes. La condición de almacén de campo múltiple compartido debe indicarse en el rubro de «modalidad de depósito» de los títulos respectivos. Están sujetos a las normas generales de los almacenes de campo.

En cuanto al retiro parcial de mercadería de los almacenes generales de depósito, el art. 13 del reglamento señala que para el caso de *warrant* cuyo último tenedor sea una empresa del sistema financiero, los Almacenes Generales de Depósito deberán recibir previamente una autorización por escrito debidamente firmada por la empresa tenedora del *warrant*, la cual debe contener cuando menos la siguiente información: a) características de los bienes a se liberados parcialmente; b) valor patrimonial de los bienes a ser liberados parcialmente; c) cualquier otra información necesaria para llenar los rubros relativos a retiro de bienes consignados en los correspondientes títulos y sus anexos, según corresponda

En lo que se refiere a la responsabilidad por la verificación y existencia de bienes almacenados en *warrant*, el reglamento establece en su artículo 22º que «Los tenedores de Certificados de Depósito y/o Warrants tienen derecho a inspeccionar los bienes a que se refieren tales títulos, conforme lo dispuesto por el Artículo 230º de la Ley de Títulos Valores. En el caso de las empresas del sistema financiero, dicha inspección, además de constituir un derecho, es una obligación, debiendo realizar el seguimiento periódico de los bienes depositados objeto de warrants recibidos en garantía ...».

En lo que se refiere a la responsabilidad sobre el retiro total o parcial de bienes, el art. 23 precisa que procederá únicamente con la autorización expresa del AGD responsable y de los tenedores de los correspondientes títulos, conforme las normas establecidas en el numeral 3 del art. 229 y arts. 236 y 237 de la Ley de Título Valores.

Las empresas de Almacenes Generales de Depósito están obligadas a presentar información a la Superintendencia de Banca y Seguros, entre estas, el

Balance General y Estado de Ganancias y Pérdidas con su respectiva información complementaria correspondiente al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de setiembre y 31 de diciembre de cada año, así como sus Estados de Flujo de Efectivo y Cambios en el Patrimonio Neto, al 30 de junio y 31 de diciembre de cada año. Estos estados financieros deberán ser presentados dentro de los treinta (30) días calendarios posteriores a las fechas antes señaladas, según corresponda.

También deberán presentar el Balance General y el Estado de Ganancias y Pérdidas correspondientes al 31 de diciembre de cada año, que serán publicados por cada AGD en el diario oficial, dentro de los siete (7) días útiles, de ser aprobados por la Junta General de Accionistas, concordantes con el tercer párrafo del artículo 226º de la Ley General de Sociedades y el segundo párrafo del artículo 7º del Reglamento de Auditoría Externa, aprobado mediante Resolución SBS Nº 1042-99, debiendo remitirse un ejemplar de dicha publicación dentro de los diez (10) días útiles de efectuada. En el caso de AGD ubicados en provincias, la publicación se efectuará en el medio designado para los avisos judiciales de la localidad.

La publicación de los estados financieros deberá realizarse utilizando al efecto los formatos establecidos por la Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores-CONASEV en el Reglamento de Información Financiera y el Manual para la Preparación de la Información Financiera, aprobados mediante Resolución CONASEV Nº 103-99-EF/94.10.

3. DEPÓSITOS EN BANCOS

Los *depósitos en Bancos*, aparte de los que se hacen en cuentas corrientes, a los que nos referimos al tratar el contrato de cuenta corriente, serían los depósitos en *cajas de seguridad*, los *depósitos en custodia*. Si los valores o efectos se entregan en sobre, sellados y cerrados, se otorga al depositante recibos con los datos necesarios para su identificación; si se entregan sueltos, se hace la descripción de ellos, con indicación de su clase, serie, número, etc. El banquero, en estos casos, además de la custodia puede quedar encargado de la administración de los efectos o valores.

Tratándose del *depósito en cajas de seguridad*, el banquero pone a disposición de los depositantes compartimientos particulares, colocados en departamentos acorazados en bóvedas destinadas a esta clase de depósito. El depositante paga un alquiler, que puede ser anual, semestral o mensual, quedando autorizado a utilizar la caja especial que se le destina, o autorizando a un tercero, mediante mandato especial, para tener acceso a ella. En este contrato, el Banco sólo garantiza la integración exterior de la caja y la buena disposición de las cerraduras. Como puede apreciarse, se trata de un contrato mixto en el que se combinan el depósito y el arrendamiento.

CAPÍTULO IV
CONTRATO DE MUTUO

1. Concepto. 2. Efectos del contrato. 3. Intereses moratorios.

1. CONCEPTO

Al igual que en el depósito, el Código de Comercio presupone el concepto del préstamo, limitándose a señalar las notas que caracterizan al contrato como mercantil.

El Código Civil (art. 1648) describe este contrato como aquel por el cual una persona se obliga a entregar a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen con el uso, con la obligación de la segunda de devolver otro tanto de la misma especie, calidad o cantidad.

Como puede advertirse, el préstamo puede revestir dos modalidades: de *uso* o *comodato*, o sea de cosa no fungible para que se use por cierto tiempo y se devuelva; y *préstamo simple o mutuo*, por el que se entrega dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver *otro tanto de la misma especie, calidad o cantidad.*

En el ámbito mercantil la forma usual es la del préstamo simple, bien sea dinero, títulos de crédito, mercaderías, caso en el que el deudor no devuelve las mismas cosas recibidas, sino otras tantas de igual especie y calidad (*tantumdem eiusdem generis et qualitatis*).

Es oneroso, o sea, que devengará contraprestación en favor del prestamista, salvo pacto distinto (art. 1663 C.C.).

En cuanto a su *duración*, puede ser por tiempo *determinado* o si no se ha fijado ni resulta de las circunstancias, sería de 30 días (art. 1656 del C.C.). Si se ha

convenido que el mutuatario pague cuando pueda o tenga los medios el plazo lo fijará el juez (art. 1657 C.C.)

Por su *objeto*, puede ser de dinero, de títulos valores y de cosas fungibles que no sean dinero ni títulos.

Por la *forma*, es informal pero si consta por escrito el documento prevalecerá (art. 1605 C.C.).

Es *traslaticio de dominio* porque las cosas prestadas salen de la propiedad del prestamista para ingresar a la del prestatario, quien en compensación adquiere un derecho de crédito (art. 1654 del C.C.).

Es unilateral porque origina obligaciones sólo para una de las partes, el prestatario, quien debe devolver lo que hubiere recibido.

2. EFECTOS DEL CONTRATO

Si se trata de préstamo gratuito, la única obligación del mutuatario es restituir al mutuante otro tanto de lo recibido, en el lugar y tiempo pactado o, en defecto de pacto, pasados treinta días desde la fecha de la entrega (art. 1656º del C.C.).

La restitución presenta, empero, características diferentes si se trata de préstamos en dinero, respecto al cual no podrá exigirse la devolución en moneda distinta a la nacional, ni en cantidad diferente, si en esa se hubiera pactado el préstamo originalmente (art. 1234º C.C.). Si se hubiese pactado en moneda extranjera, no prohibida por leyes especiales, el pago puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta al día y lugar del vencimiento de la obligación. Si en tal caso el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, por el pago en moneda nacional según el cambio de la fecha del vencimiento de la obligación o del que rija el día del pago (art. 1237º).

Puede también acordarse que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índice de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante (art. 1235º C.C.).

Como puede apreciarse, los supuestos examinados conciernen a las hipótesis de «deuda de cantidad» y «deuda de moneda específica». La primera es una deuda de valor que se mide por ciertas unidades de dinero. La segunda, pospone el valor nominal, destacando determinada especie de moneda, siempre que la devolución en tal especie sea posible. Es, entre otros, el caso de las llamadas «cláusulas oro» o «cláusulas valor oro», que sirven para medir el valor nominal, por lo que vienen a significar la derogación por vía del contrato del principio nominalista.

Si el mutuo es de «títulos-valores», el deudor pagará devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Como se trata de cosas fungibles, el prestatario las hace suyas, pudiendo, en consecuencia, disponer de ellas.

En los préstamos en especie o préstamos en mercaderías, quedan comprendidas las más variadas cosas muebles fungibles, sean o no, además, consumibles, debiendo devolver el mutuatario otras tantas cosas de la misma clase e idéntica condiciones, o sus equivalentes en metálico si aquéllas se hubiesen extinguida. En este caso, la deuda se transforma en deuda de dinero, en razón de que el objeto del mutuo son cosas fácilmente valorables en dinero, que pueden ser sustituidas por este.

El precio del préstamo en el interés que puede excluirse (art. 1663º C.C.). El interés viene a ser una contraprestación en favor del mutuante. El C. de C. (art. 310º, segunda parte) consideraba interés toda prestación pactada en favor del acreedor.

En cuanto a la tasa de interés, el C.C. (arts. 1243º y 1244º) señala que la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva, y que cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

Diversas Sentencias de Vista han resuelto que:

- La tasa máxima de interés convencional o moratorio es fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, lo mismo que la tasa de interés legal (Sentencia de Vista de la 5ta. Sala de la Corte Superior de Lima, de 16 de febrero de 1996. Exp. Nº 1575-95).
- Contra el exceso de interés compensatorio pactado, sólo cabe oponer la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, facultando al deudor a solicitar la devolución del exceso o imputarlo al capital (Sentencia de Vista de la 5ta. Sala de la Corte Superior de Lima, de 13 de junio de 1996. Exp. Nº 113-96).
- La mora en el pago se indemniza con el correspondiente interés. Cuando no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal, conforme lo dispone el artículo 1246º del Código Civil, habiendo el Juzgado ordenado el pago de tales intereses legales en la sentencia materia de grado, por lo que la indemnización de su materia no resulta viable (Sentencia de Vista de la 4ta. Sala de la Corte Superior de Lima, de 22 de septiembre de 1995. Exp. Nº 180-95).

La legislación posterior en materia bancaria va a distinguir las tasas que corresponden a las entidades del sistema financiero de aquellas ajenas a dicho sistema.

Así, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (Ley Nº 26702) dispone, en su artículo 9º, que las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisotes y gastos para sus operaciones activas y pasivas, observando, sin embargo, los límites que para tal efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica.

La última parte de dicho artículo especifica que la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243º del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera.

Dicho artículo concuerda con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, Decreto Ley Nº 26123 (artículo 52º), vigente desde el 1º de enero

de 1993, que dispone que el Banco propicie que las tasas de interés sean determinadas por la libre competencia, y que excepcionalmente podrá fijar no sólo la tasa máxima, sino también la mínima, con el propósito de regular el mercado.

El interés compensatorio señalado en el Art. 1242 del C.C. constituye una contraprestación por el uso del dinero; mientras que el interés moratorio es la indemnización por la mora en el pago. El interés refleja una penalidad y se devenga en la medida que exista acuerdo expreso; en tanto que el interés compensatorio se devengará haya o no pacto relativo a la tasa, puede tener la calidad de interés compensatorio pactado o legal, en caso que no se haya precisado la tasa, supuesto en el cual se aplica la tasa de interés legal.

Los intereses que hace mención el CC han sufrido variación en cuanto a su determinación, pues mediante la Ley Orgánica del BCR (Arts. 51 y 52) y la Ley General de Sistema Financiero (Art. 9), el régimen de determinación de tasas máximas de intereses compensatorios y moratorios que disponía el Código fue modificado y desde el 31/12/92 coexisten dos regímenes: uno para las personas ajenas al sistema financiero, quienes siguen sujetos a la tasa máxima que fija el BCR (TAMN, TAMEX), y otro para las empresas del sistema financiero, de tasa libres y según la oferta y demanda del mercado.

El artículo 4º. del Decreto Legislativo No. 757 establece que «La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes», sin embargo, nuestro ordenamiento establece una distinción, según la obligación derive de una operación del sistema financiero o de operaciones ajenas al sistema financiero. En lo que se refiere a las operaciones dentro del sistema financiero, la tasa de interés es determinada por la libre competencia en el mercado financiero. Mientras que en las operaciones ajenas al sistema financiero existe un régimen de «tasas máximas», de acuerdo con el aviso del Banco Central de Reserva de fecha 4 de julio de 1991 (publicado en el Diario Oficial El Peruano, el día 6 de julio de 1991). Específicamente en lo que concierne a las operaciones ajenas al sistema financiero, corresponde al Banco Central, según el art. 51º del Decreto Ley Nº 26123, establecer las tasa máximas de interés compensatorio, moratorio y legal, las mismas que deben de guardar relación con la tasa de interés prevalecientes en las entidades del Sistema Financiero.

En el sentido indicado, la Corte Suprema, al aplicar las normas vigentes, determinó lo siguiente:

> Mediante ejecutoria de 11 de noviembre de 1974 (*Rev. Jur. Per.* Nº 374, de marzo de 1975, p. 293) ha resuelto que para el pago de interés a una tasa distinta a la legal, es necesario que haya sido estipulada en el convenio respectivo; y que no es causal de nulidad de un fallo la omisión en fijar la echa de la cual se devengan los intereses que la ley establece expresamente, a partir de cuando comienzan a correr (Ejecutoria de 19 de mayo de 1968. *RJP* Nº 296, p. 1095).

Otra limitación en cuanto a los intereses es que no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares, siento válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los interese. El principio que inspira los artículos pertinente del C.C. (1249º y 1250º) es impedir el pacto de anatocismo.

Por último, es de considerar la norma contenida en el art. 1665º del C.C. que establece que cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

El pago de intereses es una *obligación accesoria* y, por lo mismo, se extingue cuando cesa la obligación principal de devolver las cosas prestadas. El C.C. así lo reconoce cuando expresa que el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extingue la obligación del deudor respecto a los mismos (art. 1232º).

Los intereses que se pacten en límites superiores a los autorizados por la ley, constituyen el delito de usura, tipificado en el art. 214º del C.P.

3. INTERESES MORATORIOS

Si se trata de préstamos en dinero, el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación de restituir el préstamo le obliga al pago de intereses moratorios, conforme a la tasa pactada o, en su defecto, al interés legal (art. 1246º C.C.).

Si se trata de préstamo en especies, se tomará en cuenta el valor que las mercaderías tuvieran en la plaza en que deba hacerse la devolución, al día siguiente del vencimiento, o el que determinen peritos si las mercaderías estuvieren extinguidas al tiempo de hacerse su valoración. En esta forma se consigue una rápida liquidación del daño, evitando apreciaciones subjetivas y determinables a posteriori, con todas las dilaciones que ello puede ocasionar (art. 1247º C.C.).

En el préstamo de títulos-valores, la regla es semejante a la anterior, en cuanto a la determinación del precio de los valores, que se sujetarán al que tengan en Bolsa o en plaza, el día siguiente del vencimiento, pero, como estos títulos producen normalmente renta, la cifra de dicho rédito será el importe de la indemnización del importe del interés legal (art. 1248º C.C.).

CAPÍTULO V
CONTRATO DE PRENDA

1. Concepto. 2. Realización de la prenda. 3. Irreivindicabilidad de la prenda. 4. Prenda de participaciones sociales.

1. CONCEPTO

El C. de C. supone conocido el concepto de prenda, incluyendo esta figura entre los contratos mercantiles, a diferencia del C.C. de 1936, así como el de 1984, que lo incluyen en la sección correspondiente a los derechos reales de garantía.

El Código de Comercio se limitaba a caracterizarlo como mercantil, a través de su destino, en cuanto tenía por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación comercial (art. 315). Las disposiciones del código resultaban notoriamente insuficientes, pues ni se ocupaban de las mercaderías y los títulos valores entregados en garantía de cualquier clase de obligaciones.

En la actualidad, todo el Título I de la Sección Cuarta del Libro V (Derechos Reales) del C.C. (arts. 1055 a 1090) se ocupa de la prenda, por lo que sólo nos referiremos a los aspectos aludidos en el C. de C.

Algunas disposiciones sobre la prenda que contenía el C. de C., como son los artículos 317 y 318, han sido derogadas por el Código Procesal Civil (Primera Disposición Derogatoria, inc. 2).

Por ejemplo, el art. 317 establecía, en cuanto a la forma, que el contrato debía de celebrarse por escrito de fecha cierta para hacerlo valer frente a terceros. Al haber sido derogado, será materia de aplicación lo dispuesto sobre el particular en el art. 1061 del C. C., que establece que para estos efectos la prenda debe de

constar por escrito, salvo lo dispuesto en el art. 1059. Por otro lado, la prenda, según se desprende de lo dispuesto por el art. 316 del C. de C., debe ser entregada al acreedor, en cuyo poder debe encontrarse. Esta entrega es considerada en el C.C. (art. 1058, inc. 2) como requisito para la validez de la prenda, bien se trate de entrega física o jurídica.

No siempre la entrega física se realiza. Hay casos en que esto no ocurre, como por ejemplo en la prenda sin desplazamiento, en el que la prenda queda en poder del deudor, pero sólo tratándose de muebles inscritos, supuesto en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción (art. 1059 del C.C.). También puede entregarse a la persona designada por el acreedor, o a un tercero señalado por las partes.

La modalidad de la prenda sin desplazamiento se encuentra sometida a legislación especial y es de gran utilidad en la actividad comercial porque permite al deudor seguir contando con los objetos constituidos en prenda para continuar desarrollando su actividad económica, lo que le permitirá cumplir las obligaciones contraídas. Así puede aprovechar del empleo de maquinarias en la actividad industrial, de los frutos en las explotaciones agrícolas, del ganado en las pecuarias, de las instalaciones y productos en las mineras, etc.

En cuanto al contenido del derecho de prenda, lo característico es conferir al titular preferencia para cobrar su crédito frente a los demás acreedores, quienes no podrán retirarla del poder de aquél hasta que no sea pagado.

Si la prenda consiste en títulos valores, deben entregarse los títulos y notificarse al deudor, salvo que sean endosables o al portador, casos en los que no será necesaria la notificación (art. 1087 del C.C.).

Si se trata de títulos al portador, habrá que expresar en el documento respectivo sus características. Como esta clase de títulos atribuyen al tenedor la condición de propietario, no es frecuente que se utilicen como objeto de prenda, salvo que se entregue a depositarios de confianza, que pueden ser entidades bancarias.

Si se trata de títulos endosables, se usan las cláusulas «endoso en prenda» o «endoso en garantía», que deben constar en el título para impedir, de un lado, la transmisión de la propiedad y, del otro, para permitir al endosatario el ejercicio de las acciones emergentes del título y evitar la caducidad de las mismas.

La Ley Nº 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros) presume que el endoso puesto en títulos valores u otros susceptibles de negociación por endoso, excepto el cheque, que se encuentren en poder de una empresa del sistema financiero, es un endoso en garantía, salvo estipulación en contrario (art. 169).

Por otra parte, el art. 170 de la mencionada ley presume que la entrega de bonos u otros valores mobiliarios no comprendidos en el artículo precedente a empresas del sistema financiero, constituye prenda sobre tales bienes, en garantía de las obligaciones de quien hiciera la entrega, salvo estipulación en contrario.

Si se trata de *títulos nominativos*, como acciones de sociedades, la prenda se efectúa mediante su entrega al acreedor pignoraticio, quedando éste obligado a facilitar, en su caso, el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, presentándolas a la sociedad cuando dicho requisito deba cumplirse, debiendo, además, anotarse la prenda en el libro de registro de acciones que la sociedad está obligada a llevar, sin que el accionista pierda el ejercicio de los derechos de socio (arts. 92 y 109 de la LGS).

Si se trata de mercaderías representadas por títulos valores, como cartas de porte, conocimientos de embarque, certificados de depósito, etc., la prenda del título comporta la de las mercaderías documentadas, debiendo, en todo caso, sujetarse a las disposiciones propias que regulan cada uno de estos títulos, según su ley de circulación.

2. REALIZACIÓN DE LA PRENDA

El acreedor tiene el derecho de proceder a la venta de la prenda, en la forma pactada, si, vencido el plazo, no se ha cumplido con la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantía (art. 1069 del C.C.).

3. IRREIVINDICABILIDAD DE LA PRENDA

La regla de la no reivindicación de la prenda en el sentido de que el propietario desposeído no podrá reclamarla de las personas responsables de la desposesión (art. 319), es una aplicación del principio en virtud del cual no son reivindicables las mercaderías compradas en almacenes o tiendas (art. 1542 C.C.), salvo, desde luego, que el adquiriente hubiere actuado de mala fe. Por otro lado, el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, precisa que los valores que se negocian en los mecanismos centralizados son irreinvindicables.

Pero la pérdida de la acción real persecutoria de la cosa no significa que el propietario desposeído pierda la acción personal contra los responsables, por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la venta indebida y que hará valer en la vía judicial pertinente.

4. PRENDA DE PARTICIPACIONES SOCIALES

Tratándose de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, el art. 292 de la Ley General de Sociedades permite que las participaciones correspondientes a los socios puedan ser objeto de prenda. En tal caso, el contrato debe constar de escritura pública e inscribirse en el Registro.

Esta forma de garantía se aproxima más a la hipoteca mobiliaria que a la prenda, pues como los derechos del socio no pueden ser incorporados en títulos valores (art. 283 LGS), la garantía radica en derechos económicos no materializados en títulos accionarios, requiriéndose, de otro lado, la inscripción para la existencia del contrato, tal como ocurre en la hipoteca.

CAPÍTULO VI
CONTRATO DE COMPRAVENTA, PERMUTA Y TRANSFERENCIA DE CRÉDITOS NO ENDOSABLES

1. Concepto de compraventa y su régimen legal. 2. Elementos reales del contrato. 3. Efectos de la compraventa. 4. Saneamiento y evicción. 5. El pago del precio y la recepción de la cosa. 6. El riesgo de la cosa vendida. 7. Compraventas especiales. 8. Compraventa sobre medida. 9. Compraventa con reserva de propiedad. 10. Traspaso de establecimiento comercial. 11. Contrato de suministro. 12. Contrato estimatorio. 13. Compraventa entre distintas plazas. 14. La permuta. 15. Transferencia de créditos no endosables.

1. CONCEPTO DE COMPRAVENTA Y SU RÉGIMEN LEGAL

La compraventa es el contrato que en la actividad mercantil revela con mayor énfasis la función mediadora del comercio encaminada a facilitar la circulación de bienes. El intercambio de bienes aparece para satisfacer las necesidades humanas, entregando aquello de que se dispone a cambio de aquellos de que se carece. Este intercambio de unos bienes por otros es la permuta que, con la aparición de la moneda, se transforma en la compraventa. Surge, entonces, la figura del intermediario, el comerciante que adquiere los bienes donde abundan para venderlos donde son escasos, con el propósito de obtener una ganancia. El contrato resulta el más antiguo, el más frecuente y uno de los más importantes del Derecho Comercial. La función mediadora del contrato es destacada en el art. 320 del C. de C. cuando menciona las cosas que se compran para «revenderlas», es decir, para hacerlas circular, trasmitiéndolas a otro.

Actualmente, no existe diferencia, desde el punto de vista legal, entre la compraventa civil y la mercantil. Según se ha expuesto, el C.C. vigente (art. 2112) somete esta última a sus disposiciones, derogando los arts. 320 al 341 del C. de C., o sea, incluyendo la permuta.

Como resulta del art. 1529 del C.C., en virtud de este contrato el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. El contrato no es, pues, traslaticio de dominio, sino meramente obligativo. De aquí que sea posible la venta de cosa ajena (art. 1537 del C.C.).

2. ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO

Los elementos reales del contrato son la cosa y el precio.

En cuanto a la cosa, pueden ser muebles o inmuebles, existentes o que pueden existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley. Si ambas partes saben que el bien es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. A esta misma condición y a cargo del comprador corre el riesgo respecto a la cuantía y a la calidad del bien futuro. Pero, si llega a existir, el contrato producirá desde ese momento sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, debiendo el comprador pagar íntegramente el precio.

El precio es el otro elemento real del contrato y debe consistir en dinero, comprendiendo dentro de este concepto los medios sustitutorios de pago, como letras de cambio, vales, pagarés, cheques, que si bien no son dinero se resuelven en éste, en último término (art. 1233 C.C.). La excesiva diferencia entre el valor de la cosa y el precio da lugar a la acción rescisoria por lesión que procede en toda clase de contratos, según resulta del Título I y IX de la Sección Primera del Libro VII del C.C., que considera diversos supuestos, según la proporción entre el valor de la cosa y el precio. Al respecto cabe señalar que el C. de C., en artículos que han sido derogados, establecía que en las ventas mercantiles no procedía la acción de lesión (art. 339), aunque sí admitía la acción indemnizatoria por daños y perjuicios contra el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar.

> La Corte Suprema, en ejecutoria de 23 de setiembre de 1950, resolvió, en aplicación del art. 339 (actualmente derogado) del C. de C., que tratándose de un contrato de compraventa mercantil, resulta improcedente la rescisión por lesión (*RJP*, Nº 81, p. 1254)

La determinación del precio puede ser confiada a un tercero, designado en el contrato o a designarse posteriormente, quien decidirá a su arbitrio, o de acuerdo a la equidad. En el primer caso, la decisión no puede impugnarse si no se prueba su mala fe. Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo (arts. 1544, 1407, 1408). El precio puede

ser fijado en moneda nacional o referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, en otras monedas o a mercancías, a fin de mantener el monto en valor constante. La forma de pago y los retardos están también previstos en el C.C. (arts. 1546, 1235 C.C.).

3. EFECTOS DE LA COMPRAVENTA

Las obligaciones que derivan para las partes respectan al vendedor y al comprador. En cuanto al primero, la obligación esencial es perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, el que debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios (arts. 1549 y 1550 del C.C.). Esto supone que le corresponde la obligación de conservar la cosa vendida hasta el momento de su entrega, con sujeción a las reglas de la buena fe que deben aplicarse en la ejecución de los contratos y que obligan a poner el cuidado y la diligencia que exige la naturaleza de la prestación, atendiendo a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar, como lo señala el derogado art. 334, segunda parte, del C. de C., que constituye al vendedor en depositario de los efectos vendidos cuando las mercaderías han sido puestas a disposición del comprador y éste se diera por satisfecho.

Tratándose de bienes que el vendedor vende habitualmente, como es el caso del comerciante, el C.C. en su art. 1547 establece que si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor. Y si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

La entrega del bien puede ser real o simbólica, esto último es frecuente en los contratos mercantiles, como es el caso de la entrega de documentos que representan mercaderías. Así los certificados de depósito (*warrant*), los documentos de embarque, las cartas de porte; o en los casos de traspaso de establecimiento comercial con la mercadería existente en él y se hace entrega del local, mediante la entrega de las llaves, es decir, cuando la cosa, objeto de contrato, está a disposición del comprador. Resulta, pues, equivalente la entrega («constitutivo posesorio») y la puesta a disposición (*traditio ficta*).

La demora en la entrega hace responsable al vendedor por los frutos del bien, en caso de haber incurrido en culpa. Si ésta no existiera, responde por los frutos, en caso de haberlos percibido, a no ser que el comprador conocía el obstáculo al tiempo de celebrarse el contrato, caso en el que tampoco responderá por los daños y perjuicios. Pero sí responde por éstos y por el reembolso de los tributos si el contrato se resuelve por falta de entrega.

Si se trata de bienes que se encuentran en un lugar distinto al de celebración del contrato, el vendedor no está obligado a efectuar el traslado al lugar del domicilio del comprador, salvo, desde luego, pacto en tal sentido.

La Ejecutoria Suprema de 21 de enero de 1977 resolvió que en el comercio internacional «es obligación del comprador procurar y proveer a su propio riesgo y costo cualquier licencia de importación o permiso o cosa semejante que pueda precisar para la importancia de las mercaderías en el puerto de destino» (*RJP*, enero de 1977, Nº 396, p. 79).

En los casos de traslado de mercancías en que media un tercero (porteador), la puesta a disposición se entiende realizada por el vendedor en el momento de consignarla al porteador, y para el comprador se realiza cuando recibe efectivamente las mercaderías.

Cuando se pacta la entrega en un plazo fijo, de determinada cantidad de mercaderías, el comprador no está obligado a recibir una parte, ni bajo promesa de entrega del resto. Mas, si se pactare la entrega fraccionada, la entrega parcial forma parte de la prestación única, sin que pueda reputarse que se trata de un nuevo o nuevos contratos. De aceptarse la entrega parcial, queda concluida la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a reclamar el cumplimiento de lo que falte o la rescisión del contrato Así lo establecía el art. 325 del C. de C., ahora derogado, pero cuyo contenido resulta implícito en las regulaciones del C.C. vigente.

Por su parte, la Corte Suprema resolvió que aceptada por el comprador la entrega parcial de los géneros vendidos debe estimarse consumada la venta en cuanto a los recibidos y expedita la acción rescisoria sobre el resto, según el principio consagrado por el art. 343 del C. de C., aplicable al derecho común en defecto de disposición especial del C.C. (Ejecutoria de 22 de abril de 1925. *Diario Judicial* de 26 de abril de 1925); que entregada parte de las mercaderías vendidas, procede la rescisión parcial del contrato, en cuanto a las no entregadas, con indemnización de los perjuicios que se hubiesen irrogado por la falta de entrega del resto de los géneros comprados (Ejecutoria de 16 de junio de 1925, *Diario Judicial* de 12 de julio de 1925); que se rescinde el contrato de compraventa mercantil por morosidad del vendedor en entregar la cosa vendida (Ejecutoria de 6 de octubre de 1953. *RJP*, abril de 1954, p. 493); que la prohibición de importar una mercancía no es causal de nulidad del contrato de compraventa si quedó concluido para el vendedor antes de ingresar los bienes a la Aduana (Ejecutoria de 21 de enero de 1977. *RJP*, Nº 396, p. 79).

De no haberse fijado plazo, rige lo dispuesto en los arts. 1551 y 1552 del C.C.

4. SANEAMIENTO Y EVICCIÓN

La obligación de saneamiento, bien sea por evicción, por vicios ocultos o por hechos propios del vendedor, corresponde a éste y está regida por las disposiciones contenidas en el Título XV del Libro VI del C.C. (arts. 1484 al 1528), que se aplican no sólo al contrato de compraventa, sino a todos aquellos que se transfiere la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

El vendedor responde por la posesión legal y pacífica de que debe gozar el comprador respecto a la cosa vendida, así como por los vicios o defectos ocultos de los que ésta adolezca.

El saneamiento por evicción tiene lugar cuando se priva al comprador, por sentencia judicial o resolución administrativa firme, de la posesión, propiedad o uso del bien adquirido y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia. Esta posibilidad es poco frecuente que ocurra en el campo comercial en el que la buena fe está cuidadosamente protegida, propósito en el que también se ha esmerado el Código Civil, que recoge en el art. 1542 la disposición que contenía el art. 85 del C. de C., que declara irreivindicables los bienes muebles adquiridos en locales abiertos al público si son amparados con facturas o pólizas del vendedor, quedando a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente.

En caso de evicción, el comprador tiene derecho a exigir al vendedor: la restitución del valor que tuviere la cosa al momento de la evicción, teniendo en cuenta finalidad para la que fue adquirido; los intereses legales desde que se produce la evicción; los frutos devengados por el bien durante el tiempo que los poseyó de buena fe, o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien; las costas del juicio, si ha sido obligado a pagarlas; los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquiriente; las mejoras hechas de buena fe por el adquiriente no pagadas por el evincente; la indemnización de daños y perjuicios, cuando el vendedor incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato (art. 1495).

Si se trata de vicios ocultos, el saneamiento tiene gran significación en el tráfico comercial. Salvo pacto en contrario, el vendedor responde por ellos ante el comprador a no ser que el transferente actúe con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios al momento de celebrarse el contrato o pactarse la renuncia (art. 1520). De otro lado, no se consideran vicios ocultos los que el adquiriente pueda conocer actuando con la diligencia exigible, de acuerdo con su aptitud personal y las circunstancias. Es de advertir que la norma (art. 1504) alude a la posibilidad de tal conocimiento, lo cual se explica porque si el vicio es manifiesto es de suponer que el adquiriente quiso adquirir la cosa en las condiciones en que ostensiblemente se encontraba. Es de destacar, asimismo, que no es indispensable que el vicio haya sido conocido, basta con que haya podido conocerlo en las circunstancias a que alude el citado art. 1504.

La ejecutoria suprema de 2 de noviembre de 1938 resolvió que en la venta mercantil, el vendedor, por efecto de la evicción, responde del vicio oculto de la cosa vendida. El plazo para pedir la resolución del contrato por vicios ocultos o de pagar al adquiriente el importe de las obligaciones mencionadas en el art. 1512 o de optar por el pago del menor valor de bien por razón del vicio, es de tres meses si se trata de bienes muebles y de seis si se trata de inmuebles, plazos que se computan desde el momento de recepción del bien.

Las prestaciones diversas a la pactada no deben confundirse con las prestaciones defectuosas, pues mientras que las primeras son aquellas en que la cantidad o calidad no corresponden a lo convenido, las segundas son las que adolecen de vicios ocultos.

Las ejecutorias de 2 de junio de 1932 (*R. de los Trib.*, p. 225), de 9 de agosto de 1972 (*El Peruano* de 22 de enero de 1972, publicada también en *RJP*, Nº 343, p. 1011) resolvieron que no procede la exigencia del pago de precio representado por la correspondiente letra de cambio que fue solamente endosada en cobranza; que acreditado que la letra de cambio

tiene su origen en un contrato de compraventa entre el ejecutante y el ejecutado y que éste ha pedido la rescisión del mismo por vicio oculto de la cosa con anterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva, es fundada la oposición deducida al auto de pago.

5. EL PAGO DEL PRECIO Y LA RECEPCIÓN DE LA COSA

La principal obligación del comprador es pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados. A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador. Así lo expresa el art. 1558 del C.C. Esta obligación nace desde que las mercaderías están a su disposición. El pago puede ser hecho al contado o en los plazos convenidos.

En relación a los medios de pago, cabe recordar lo dispuesto por el art. 1233 del C.C. en cuanto al pago efectuado con títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pagos, que sólo extinguirán la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo por pacto en contrario, quedando, entre tanto, en suspenso la obligación primitiva.

El C. de C. disponía (art. 338) que se reputaban parte del precio, y en prueba de la ratificación del contrato, las cantidades que, por vía de señal, se entregue en las ventas mercantiles, o sea, pues, se trataba de las arras confirmatorias favoreciendo, en esta forma, la firmeza del contrato y no su disolución (*pactum disciplentiae*). El vigente C.C. dispone que la entrega de las arras confirmatorias importa la conclusión del contrato, de modo que, en caso de cumplimiento, quien las recibió las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación (art. 1477).

También es obligación del comprador recibir la cosa, lo que hace posible la correlativa obligación del vendedor de entregarla. Debe respetarse, al efecto, el plazo convenido o el que proceda según los usos. A falta de ambos, la recepción debe hacerse en el momento de la celebración del contrato (art. 1565 C.C.), a no ser tratándose de compraventa a plazos de bienes muebles inscritos, que se regirán por la ley de la materia (art. 1566).

Sin embargo, hay casos en que el comprador puede rehusar la entrega, como es el de las ventas sobre muestras, si los bienes entregados no fuesen conformes con las muestras (art. 1573 C.C.).

Respecto a la posibilidad de que el vendedor efectuara entregas parciales de los efectos vendidos, el art. 325 del C. de C. disponía que el comprador no estaba obligado a admitirlas, pero si las aceptaba se estimaba consumada la venta en cuanto a lo recibido, sin perjuicio a pedir por lo que faltase el cumplimiento del contrato o su rescisión. El C.C. no tiene norma en tal sentido al ocuparse del contrato de compraventa, pero en el art. 1221, referido al pago, establece que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen (primera parte del numeral).

La ejecutoria suprema de 6 de junio de 1925 (*Diario Judicial*), resolvió que si en un contrato mercantil de venta de mercaderías no se ha hecho entrega de algunas y sí de otras, faltándose por el vendedor al cumplimiento en parte del contrato, procede la rescisión parcial de éste en cuanto a las mercaderías no entregadas, debiendo responder el vendedor por los perjuicios que ha ocasionado al comprador, siempre que ellos aparezcan plenamente probados; y si el comprador tiene la obligación de abonar al vendedor la parte de mercaderías entregadas cuyo valor equivalga al monto de los perjuicios, es, asimismo, procedente que se realice la compensación de ambas sumas; todo de conformidad con los arts. 324 y 325 del C. de C. y 2253 del C.C. de 1852, entonces vigente.

6. EL RIESGO DE LA COSA VENDIDA

La posibilidad de pérdida o deterioro de la cosa objeto de la venta, por causas ajenas a la voluntad de las partes y la determinación de cuál de ellas debe soportar los efectos consiguientes, vale decir, los riesgos, está vinculada al momento en que se han cumplido las obligaciones encaminadas a la transmisión de la propiedad.

Si bien, en principio, las cosas se pierden para su dueño (*res perit domino*), habría que decidir cuándo se es dueño de la cosa en la compraventa, teniendo en cuenta que este contrato tiene efectos traslativos cuando va seguido de la tradición, o sea, desde que el comprador entre en posesión de la cosa. En consecuencia la pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador a rescindir el contrato, pero si la entrega no se hubiese efectuado, no obstante que el vendedor puso las mercaderías a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, los daños y menoscabos serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor. Así lo establecía el C. de C. (arts. 326 y 328).

El C.C. establece que el riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega. También pasa a éste desde antes de la entrega si, encontrándose a su disposición, no los recibe en el momento señalado en el contrato para la entrega, lo que también ocurre en el caso de compraventa de bienes por peso, número, medida, si encontrándose los bienes a su disposición el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición.

No debe olvidarse que poner las cosas a disposición del comprador equivale a la entrega. De este modo, el riesgo sufre la persona en cuyo poder se encuentra la cosa, salvo que haya mediado *mora accipiendi* por parte del comprador.

Finalmente, el art. 1570 del C.C. dispone que el riesgo de pérdida corre a cargo del comprador cuando a su pedido, el vendedor expide el bien a lugar distinto a aquel en que debía ser entregado.

7. COMPRAVENTAS ESPECIALES

La actividad mercantil ha generado una gran variedad de formas del contrato de compraventa, algunas de las cuales están consideradas en el Código de Comercio, otras en leyes especiales y otras se encuentran reguladas por los usos y prácticas comerciales. Vamos a hacer referencia a las más importantes.

a) La compraventa en tienda o almacén. Se caracteriza porque las mercaderías que se adquiere en tales establecimientos son irreivindicables, así como el precio que pague por ellas, pero quedan a salvo los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que las vendió indebidamente (art. 1542 C.C.). Razones de seguridad del tráfico y firmeza de las operaciones mercantiles justifican esta excepción de la regla general de derecho civil que reconoce como uno de los atributos del derecho de propiedad el de reivindicar el bien (art. 923 del C.C.). De otro lado, estas ventas se presumen siempre al contado, salvo prueba en contrario (art. 1558 del C.C.).

b) La compraventa en ferias o mercados. Es aquella que se realiza en estas oportunidades y en las que el precio puede pagarse al contado o a plazos. Los contratos habrán de cumplirse en el mismo día de su celebración o, a lo más, en las veinticuatro horas siguientes, pasadas las cuales sin que ninguno de los contratantes haya reclamado su cumplimiento, se considerarán nulos, quedando en favor de quien lo hubiere recibido los gajes, señales o arras que mediaren (art. 83 del C. de C.). De ellas no se ocupa el C.C.

c) La compraventa sobre muestras. Se equipara a las que se hagan sobre *determinada calidad conocida en el mercado*, e impone que las mercaderías que se entregan corresponden a las condiciones referidas (art. 1573).

En tales casos, si el comprador se niega a recibir los géneros, la decisión corresponde a los peritos que designen ambas partes, lo que determinará si la venta está consumada o si se produce la rescisión con la correspondiente indemnización a que tenga derecho el comprador, según el caso.

d) Las ventas a prueba o ensayo. Se distinguen porque la decisión depende de la voluntad del comprador, quien aceptará o no la mercadería un a vez ensayada, quedando vinculado entre tanto el comprador durante el plazo señalado en el contrato, o en su defecto, en el que sea el uso.

Las ventas a prueba se reputan sujetas a condición suspensiva.

8. COMPRAVENTA SOBRE MEDIDA

Son aquellas en que el bien se vende con indicación de su extensión o cabida y por un precio en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida, a lo que está obligado el vendedor. Si así no fuere, el comprador está obligado a pagar

lo que se halle de más, y el vendedor a devolver el precio correspondiente a lo que halle de menos, salvo que el exceso o falta sea mayor de un décimo, caso en el cual el comprador puede optar por su rescisión (arts. 1547 y 1575 del C.C.). El código considera, asimismo, la fijación del precio por el todo (*ad corpus*) y lo que debe pagarse, según los casos.

Compraventa sobre documentos, es aquella en que la entrega del bien queda sustituida por la de su título representativo (título-valor). Es una forma muy usada en el tráfico comercial. De ella tratan los arts. 1580 y 1581 del C.C.

9. COMPRAVENTA CON RESERVA DE PROPIEDAD

El pacto en referencia funciona como accesorio a la venta, suspendiendo la transferencia de la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea totalmente pagado, aunque la cosa hubiera sido entregada al comprador (art. 1583 del C.C.).

Esta modalidad de la compraventa es frecuentemente utilizada en el tráfico mercantil en las *ventas a plazos* y ha permitido expandir notablemente el volumen de las ventas porque facilita a gran número de personas que no están en condiciones de pagar al contado la adquisición de bienes y, al mismo tiempo, garantizan al vendedor en cuanto éste no pierde la propiedad, impidiendo que el adquiriente a plazos disponga de los bienes por los que no ha satisfecho el precio. Las garantías en favor del vendedor se completan con los registros respectivos.

Otras veces se alude al *alquiler-venta*, como el contrato en virtud del cual el vendedor aparece cediendo el uso y posesión de la cosa por un determinado plazo a título de arrendamiento, con la promesa en favor del cesionario de trasmitirle la propiedad al término del contrato (art. 1585).

La cláusula de reserva de dominio está aceptada en la práctica universal y resulta doctrinariamente inobjetable en aquellas legislaciones en las que la transferencia de la propiedad no se opera en mérito del contrato exclusivamente, sino que requiere también la tradición de la cosa. Se trata, evidentemente, de un efecto de la «desromanización» de la compraventa, impuesta por las necesidades de dar al tráfico patrimonial mayor movilidad, desvinculando momentáneamente la propiedad en cuanto derecho de disposición y en cuanto derecho de uso y disfrute de los bienes.

Para impedir prácticas usurarias tratándose de adquisición de bienes que son de utilidad notoria, el C.C. de 1936 (art. 1426) obligaba a insertar en esta clase de contratos una cláusula en virtud de la cual los contratantes debían estipular la parte de precio recibido que el vendedor debe hacer suya como indemnización de perjuicios en caso de rescindirse la venta por no haberse pagado totalmente el precio, facultándose al juez a reducir el monto según las circunstancias. Se abre paso, en esta forma, a la equidad, impidiendo que al socaire de la libertad contractual se consume el abuso de ésta. El código actual en su articulado sobre lesión contempla aspectos sobre la materia.

10. TRASPASO DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

Dada la complejidad de los elementos que forman el establecimiento comercial, la venta en bloque del mismo requiere disposiciones especiales que no se encuentran en el Código de Comercio, sino en la Ley Nº 2259, de 29 de setiembre de 1926, que obliga a publicar avisos durante quince días para que los acreedores se presenten dentro de los treinta días siguientes a hacer efectivo el pago de sus créditos, bajo la sanción de que si no se hiciera las publicaciones deben responder el vendedor y el comprador solidariamente frente a tercero; y en el Decreto Supremo de 10 de setiembre de 1953, que impone la obligación de dar aviso a la Cámara de Comercio por carta notarial el día en que se entregan los avisos al periódico que debe publicarlos, corriendo el término a partir del día siguiente a la primera publicación.

La venta del establecimiento en bloque comprende, generalmente, no sólo la mercadería sino también los derechos de propiedad industrial, marcas de comercio, etc., e inclusive la transmisión de la clientela. Esto importa la observancia de una conducta pasiva o de abstención de relaciones comerciales con los antiguos clientes y en general, cualquier acto de competencia perturbatorio de la posesión del establecimiento adquirido.

11. CONTRATO DE SUMINISTRO

En la medida que este contrato no estuvo regulado por el Código Civil, ni por norma mercantil alguna, se consideró como una variable del contrato de compraventa, a pesar que difería sustancialmente en su naturaleza jurídica, razón por la que el legislador del Código Civil de 1984 lo incorporó en la normatividad, en los artículos 1604 al 1620, y que son material de comentario en el Título referente a los contratos modernos.

12. CONTRATO ESTIMATORIO

Este contrato tiene semejanzas con varias figuras jurídicas como el depósito, la comisión y, especialmente, con la venta bajo condición suspensiva. En el contrato estimatorio una de las partes, el «transmitente», entrega al «adquiriente» determinadas cosas muebles, obligándose éste a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo y a devolver el valor estimado de lo que vendió, así como las cosas no vendidas.

Tampoco este contrato está legislado entre nosotros, en forma específica, por lo que habrá de aplicarse las reglas de compraventa, no obstante que difiere de ésta en que en el contrato estimatorio la entrega de la cosa no origina la transmisión de la propiedad sino la atribución de un poder exclusivo de disposición sobre lo que se recibe.

Si la cosa no se trasmite por el *accipiens* en el plazo previsto, queda obligado a restituirla al *tradens*. Mientras no la devuelva, sólo a aquél corresponde el derecho

de disponer de la cosa, pero, correlativamente, son de su cargo, entre tanto, los riesgos. Al terminar el plazo tiene que devolver la cosa o, en su defecto, entregar el valor en que ha sido estimada, lo que puede ocurrir si decide hacerlo.

Se trataría, pues, de una venta bajo condición suspensiva, eventualmente, ligada a un término. La primera se cumple cuando el *accipiens* declara realizado el negocio, asumiendo la obligación de entregar el precio estimado, lo que también puede ocurrir cuando ha transcurrido el plazo si así se hubiera pactado. Este contrato se trata en forma específica en la parte que corresponde a los contratos modernos.

13. COMPRAVENTA ENTRE DISTINTAS PLAZAS

Este contrato entre personas que se encuentran en distintos lugares del país o del extranjero es muy frecuente y alcanza grandes proporciones. Para facilitarlo, salvando las dificultades de la contratación del transporte y los riesgos que el contrato origina, se han ideado cláusulas especiales que han dado una configuración específica a tales formas contractuales, como son, principalmente, las ventas «FOB», las ventas «CIF» y con crédito documentario.

a) *La venta FOB*, expresión tomada de las letras iniciales de tres palabras inglesas (*Free On Board*), sólo obliga al vendedor a situar las mercaderías a bordo del buque. Tal es el significado de la expresión aludida (*free*=libre; *on*=sobre; *board*=bordo). Desde ese momento queda hecha la entrega de las mercaderías y trasmitida la propiedad al comprador, quien, por lo tanto, asume los riesgos. A él corresponde contratar el transporte y el seguro. Esta forma de venta admite la variante que la entrega sea hecha sobre los vagones del ferrocarril, si el transporte es por esta vía, total o inicialmente.

b) *La venta CIF*, expresión tomada de las letras iniciales de tres palabras inglesas (*Cost, Insurance, Freight*), obliga al vendedor a contratar por su cuenta el seguro y el flete de la mercadería. Tal es el significado de la expresión aludida (*cost*=costo; *insurance*=seguro; *freight*=flete). En consecuencia, en el precio están comprendidos los otros dos factores.

El contrato se considera consumado en el puerto de embarque, pues la mercancía viaja a cargo del comprador, quien soporta los riesgos, pero éstos están cubiertos con el seguro, que hará valer, llegado el caso. Es esta una de las formas preferidas en las ventas del comercio internacional, pues elimina al comprador una serie de gestiones y actos que tendría que realizar a la distancia.

La Ejecutoria Suprema de 21 de enero de 1977, resolvió que en los contratos F.O.B. o C.I.F. el riesgo de las mercancías pasa al comprador desde el momento que pasan la borda del buque en el puerto de embarque (Exp. Nº 1488-76, Loreto, *RJP*, Nº 396, p. 79).

c) *Las ventas con crédito documentario*, es una modalidad que suele acompañar a las ventas internacionales, generalmente a la venta CIF, y que

salva las dificultades referentes a la entrega del precio y envío de mercaderías entre personas que se encuentran en lugares distantes, pues ni el vendedor estará decidido a enviar la mercadería mientras el precio no le sea pagado, ni el comprador a pagar el precio mientras no reciba la mercadería. Para salvar estos recelos se acude a una operación bancaria de crédito para pago del precio, en virtud de la cual el banco del comprador abre un crédito a favor del vendedor por el importe de la venta, que sólo puede ser utilizado contra entrega de los documentos (factura, conocimiento de embarque y póliza de seguro). La intervención del banco como retenedor de las mercaderías garantiza a su cliente, el comprador, por quien ha otorgado el crédito. A su vez, el banco acreditante ha aceptado una letra por el importe del precio. A esta letra se le llama letra documentada y a ella se refiere el art. 68 de la Ley de Títulos Valores (T. II, Nº 57).

14. LA PERMUTA

Este contrato se reputa antecedente de la compraventa, cuando por ser desconocido el dinero, las cosas se cambiaban por cosas. Lo poco frecuente de su uso en la época de la dación del Código de Comercio explica que sólo se le dedicase el art. 341, que lo remite a las reglas de la compraventa y, supletoriamente, desde luego, al Código Civil. El Código vigente ha derogado los artículos respectivos del C. de C. (art. 2112) y trata de la permuta en los arts. 1602, 1603 y 1531, declarando aplicables las disposiciones sobre la compraventa. En el campo de las relaciones comerciales internacionales, es frecuente el intercambio de unos productos por otros.

15. TRANSFERENCIA DE CRÉDITOS NO ENDOSABLES

Se trata de lo que en el código anterior se denominaba venta de créditos, o sea, el acto en virtud del cual el acreedor transfiere los créditos de que es titular, siempre que no sean endosables ni al portador, sin necesidad del consentimiento del deudor, siendo suficiente que ponga el hecho en su conocimiento mediante carta notarial. En virtud del aviso, la titularidad del crédito corresponde al adquiriente y es a él a quien deberá hacerse el pago para que tenga validez (art. 342).

Otro efecto de la cesión es, como en el Derecho Civil, que el cedente responde de la legitimidad del crédito y del derecho con que hizo la cesión, pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso en tan sentido (art. 343).

Como puede advertirse, las diferencias con el endoso son notorias, pues el que trasmite por endoso responde también de la solvencia del deudor; y en cuanto a la forma de transmisión, el endoso está sujeto a determinadas formalidades ineludibles, lo que se explica porque los documentos endosables están destinados a la circulación y por lo mismo tienen que ofrecer las mayores seguridades en cuanto a su transmisión, que debe aparecer del propio título.

Capítulo VII
CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE

1. Concepto del contrato. 2. Clases de transporte. 3. Elementos personales del contrato. 4. Pluralidad de porteadores. 5. Los elementos reales del contrato. 6. La carta de porte. 7. Contenido del contrato. 8. Derechos y obligaciones del consignatario. 9. Privilegios del porteador. 10. El riesgo en el contrato. 11. Limitación de la responsabilidad. 12. Transporte de personas. 13. Prescripciones de acciones.

1. CONCEPTO DEL CONTRATO

El concepto del contrato de transporte terrestre consiste en que una de las partes, llamada «porteador», se obliga, a cambio de un precio, a trasladar, de un lugar a otro, cosas o personas determinadas, o ambas a la vez. Este contrato se encontraba tipificado en el Código de Comercio, sin embargo, con la dación de la Ley 27287 (Ley de Títulos Valores) se ha suprimido su tipicidad desde el momento en que la Primera Disposición Derogatoria de dicha ley derogó los arts. 344 a 374 del Código de Comercio, relativos a las normas reguladoras del Contrato de Transporte Terrestre, ello con la intención de regular los títulos valores consistentes en la carta porte y el conocimiento de embarque. Hasta la dación de esta norma se aplicaba la norma del Código de Comercio y la problemática para determinar si el contrato era de naturaleza comercial radicaba en la calidad de los sujetos contratantes o de los bienes materia del transporte (mercaderías).

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 22 de noviembre de 1905, ha resuelto que el contrato de transporte terrestre, cuando el porteador se dedica habitualmente a ese negocio, está sujeto a los preceptos del Código de Comercio (*AJ.* 1905, p. 297).

Este contrato comenzó a adquirir importancia con el acrecentamiento extraordinario de las comunicaciones, debido al progreso de los medios que las han impulsado por las vías terrestre, marítima y aérea.

La actividad del transporte se inicia cuando la economía familiar o local se transforma en economía de cambio de una plaza a otra y se desarrolla hasta adquirir en nuestros días proporciones gigantescas. Se organizan grandes empresas que monopolizan esta actividad, de modo que quien necesita del transporte se ve privado de pactar las condiciones del contrato, que resultan impuestas por los transportistas, lo que obliga la intervención del Estado para imponer la obligación de transportar y para equilibrar las prestaciones a cargo de las partes mediante leyes, reglamentos, regulaciones tarifarias, etc.

El contrato de transporte terrestre estuvo regulado por el Código de Comercio en los arts. 344º y siguientes, el primero de los cuales expresaba que dicho contrato por vías terrestres o fluviales se reputa mercantil en razón de su *objeto*, o sea, si se trata de mercaderías o de cualquier efecto de comercio; y en razón del *sujeto*, cuando, cualquiera que sea el objeto, sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público. Actualmente, no existe norma de igual jerarquía que regule el Contrato de Transporte Terrestre, sin embargo, al tratar a la actividad de transporte terrestre como una de servicio público, el Decreto Supremo N° 009-2004-MTC ha regulado esta actividad y definido el concepto de transporte de personas y de mercaderías, así como las obligaciones de los transportistas dedicados al transporte público.

Debe advertirse, sin embargo, que el contrato podía tener por objeto el *transporte de personas* y no sólo de cosas, según resultaba de lo dispuesto en el art. 347º, que mencionaba a «los viajeros». El art. 5° del reglamento antes citado, al clasificar el transporte en razón a su naturaleza, precisa que el servicio de transporte terrestre está a disposición de la población, tanto para el traslado de personas como de mercancías.

La *referencia al objeto*, como mercaderías o cualquier efecto de comercio, es de gran amplitud y abarca casi todos los bienes corporales.

En cuanto al sujeto, el código de Comercio aludía a la calidad de comerciante del porteador, no de quien entrega las mercaderías (cargador) o de la persona que va a ser transportada (pasajero). La calidad de comerciante del porteador resultaba de que figure como tal en los registros respectivos o de que «habitualmente» se dedique a la actividad de transporte, lo que se relaciona con lo dispuesto en el art. 1º del C. de C. Dicha norma cae en total obsolescencia en la medida que el reglamento de transporte no se involucra en esta temática, y por otro lado, al haberse derogado la norma pertinente del Código de Comercio, solo quedaría apelar a las normas reguladoras para el transporte público, que no hacen diferencia de esta naturaleza, y si nos encontramos frente al transporte privado habría que recurrir a la Sección Primera del Libro Primero del Código de Comercio, a efecto de calificar

la naturaleza del contrato y del acto como uno propio del comercio. En nuestra legislación el transporte es contrato de naturaleza comercial, y cuando se trata de la dedicación al servicio público habría que atenerse a la calificación del sujeto y del acto, así, por ejemplo, la actividad de servicio público de transporte terrestre desarrollada por una cooperativa no se puede calificar en función del sujeto como de naturaleza mercantil, pues la cooperativa desarrolla actividad empresarial mas no mercantil, su objeto no es la ganancia via la especulación mercantil, ni sus asociados buscan la retribución por el capital invertido; en tal caso, tendríamos que atenernos a la naturaleza de los bienes transportados. Criterios que quedan en cierta medida desfasados, en tanto aquéllos privilegios para el porteador, consagrados en el Código de Comercio, han quedado derogados, como, por ejemplo, el derecho de retención y la preferencia absoluta para el pago del flete con cargo a la mercadería.

Soslayando esta calificación de la naturaleza del acto o del contrato, tenemos que el porteador puede ser una empresa formada por varias personas, como también desarrollar dicha actividad como persona natural con sus propios medios.

Con referencia a las personas, cabe señalar que, además del «porteador» y del «cargador», puede existir el «consignatario», o sea, aquel a quien se han de entregar las mercaderías o efectos transportados, y que puede ser el mismo cargador o un tercero.

En cuanto a su naturaleza, el Código de Comercio lo trataba como un contrato real, es decir, que para su perfeccionamiento no basta el consentimiento de las partes sino la entrega de las mercaderías o que el pasajero tome el vehículo, para que surjan las obligaciones del porteador. El Código Civil ha optado por establecer la relación contractual obligacional en términos generales, pudiendo pactarse la entrada en vigor del contrato en función de la entrega del bien. Dado que el contrato de transporte terrestre no cuenta con la tipicidad del Código de Comercio, en aplicación del art. 1353 del Código Civil se le aplican las normas generales en materia de contratación.

No puede reputarse contrato formal porque la carta de porte en que consta el contrato es sólo un elemento probatorio, tal como lo referían los arts. 346º, 348º y 349º del C. de C., así como lo señala actualmente el artículo 146 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, en adelante el reglamento, en concordancia con el artículo 252º de la Ley Nº 27287, Ley de Títulos Valores. Ante esta situación, tenemos que la carta porte puede ser reemplazado en cuanto a su función acreditativa por otros medios válidos en derecho.

2. CLASES DE TRANSPORTE

Hay varios criterios de clasificación del transporte. *Por el objeto*, puede ser de personas y de cosas. *Por el medio geográfico* que se utiliza, puede ser terrestre, fluvial, lacustre, marítimo y aéreo. *Por el vehículo utilizado*, puede ser por naves,

aeronaves, ferrocarriles, tranvías, automóviles y también por tracción animal. *En cuanto a las cosas*, puede ser de mercaderías propiamente dichas, de títulos-valores («efectos de comercio») y de correspondencia.

Sólo nos ocuparemos del contrato de transporte terrestre, pues el marítimo y el aéreo son materia del Derecho de la Navegación.

3. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO

Los elementos personales del contrato son, como ya se ha expresado: a) el porteador; b) el cargador; c) el consignatario.

El porteador es la persona que asume *directamente* la obligación de realizar el transporte. Al decir *directamente* se está excluyendo a los comisionistas de transporte, a quienes se refería los arts. 373º y 374º del C. de C., derogados. Sin embargo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional se establece que el Operador de Transporte Multimodal es la persona que por si o por medio de otra que actua en su nombre, celebra un contrratro de transporte multimodal y actúa como principal, no como agente o por cuenta del expedidor o de los porteadores que participan en las operaciones de transporte multimodal, y asume la responsabilidad del cumplimiento. En nuestra regulación interna no podemos calificar al intermediario como porteador, porque éste no transporta directamente sino que son intermediarios que se obligan a que un tercero, el verdadero porteador, realice el contrato. No obstante, les resulta aplicable las disposiciones de responsabilidad de acuerdo al derecho común.

No puede olvidarse que el comisionista de transporte ejerce una actividad comercial, una forma de comisión mercantil que lo sujeta a determinadas obligaciones, como es la de llevar un registro particular con las formalidades que exige el art. 36º del C. de C.

El Reglamento Nacional de Transporte Terrestre, en el marco del servicio público de transporte, define al Transportista como la persona natural o jurídica que presta servicio de transporte terrestre de personas y/o mercancías, debiendo contar con autorización o concesión, según corresponda, otorgada por la autoridad competente.

El cargador o remitente es la persona que contrata en nombre propio con el porteador y entrega o se obliga a entregar la carga para su transporte, siendo indiferente que sea o no propietario de los objetos materia del contrato.

El consignatario o destinatario es la persona a quien se han de entregar las mercancías o efectos transportados. Puede ser el propio cargador o persona distinta. En todo caso, es el titular de los derechos que emergen del contrato, aun sin haber intervenido en la celebración del mismo. Es, igualmente, titular pasivo de las obligaciones que fije en el contrato o en la carta porte.

4. PLURALIDAD DE PORTEADORES

El porteador puede ser uno solo o pueden ser varios. Puede ser el caso en que más de uno se obligan, en razón de un mismo contrato, a efectuar el transporte sucesivamente hasta el lugar de destino; o es el caso en el cual el contrato se celebra con un primer porteador y éste, a su vez, contrata el transporte en su propio nombre con el porteador o los porteadores sucesivos. En este supuesto no hay propiamente pluralidad de porteadores en un mismo contrato; hay pluralidad de contratos. El porteador es único y responderá de la ejecución íntegra del transporte.

En el transporte acumulativo, el contrato es uno solo, con una sola carta de poder y con una pluralidad de porteadores que responden directamente frente al cargador de la íntegra ejecución del contrato, aunque su intervención sea limitada a una parte del trayecto. Esta forma del contrato ofrece para el cargador la ventaja de la responsabilidad que puede hacer valer contra el último transportista o contra el porteador que le hubiera emitido el contrato, o contra los demás transportistas que hubieren recibido sin reservas los efectos transportados. Es un caso de responsabilidad solidaria en garantía del cargador, con lo que se evita el tener que accionar contra quienes pueden encontrarse en otros lugares más o menos distantes.

5. LOS ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO

Las cosas y el precio son los elementos reales del contrato. A las primeras se ha hecho referencia señalando que su característica es que se trate de mercaderías, es decir, objeto de comercio en un sentido lato. Se trata de cosas corporales, o sea, las que tienen una calidad genérica, que pueden ser *pesadas, marcadas, embaladas*, se excluye el transporte de energía eléctrica, de sonidos, imágenes, etc.

El precio es la contraprestación que debe satisfacer el cargador dentro de la bilateralidad del contrato, como conmutación por las obligaciones y riesgos que asume el porteador. Es elemento esencial del contrato y debe consistir en dinero. Puede ser satisfecho por el cargador al celebrar el contrato («porte pagado») o puede ser diferido hasta la entrega de la mercadería («porte debido»), para ser pagado por el destinatario. Puede ser fijado por las partes, o puede estar sujeto a un régimen de tarifas señaladas por el Poder Público, que es la forma más frecuente tratándose de los transportes masivos.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 20 de abril de 1928, ha resuelto que una compañía de transporte no tiene derecho a cobrar flete especial por el dinero que el pasajero lleve en su equipaje (Causa. Nº 1533-1927. *AJ* 1928, p. 31).

6. LA CARTA DE PORTE

No es un elemento esencial del contrato, por no requerirse como formalidad para su validez. Es solamente un medio probatorio, según el Art. 251 de la

Ley de Títulos Valores la Carta de Porte representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte terrestre. Y, de acuerdo con el Art. 142 del Reglamento Nacional de Transporte Terrestre, en el servicio de transporte de mercancías, incluyendo las mercancías especiales, el contrato se formaliza con la suscripción de la guía de remisión del transportista o de la carta de porte por el dador o remitente y el transportista. En tal sentido, según el Art. 146 de dicha norma regulatoria, la carta de porte terrestre es el documento de transporte de mercancías que contiene la información que prevé el artículo 252º de la Ley Nº 27287, Ley de Títulos Valores. Su empleo es facultativo.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 5 de abril de 1950, ha resuelto que para que las guías de transporte de mercadería acrediten la realización del contrato y la deuda del cargador, es necesario que éste las haya suscrito, en señal de aceptación; de otra manera son simples documentos unilaterales, sin mérito probatorio (Exp. Nº 920-49-Lima. *RJP*. Nº 75, 1950. p. 442). La Ejecutoria Suprema de 16 de noviembre de 1977, resolvió que la existencia del contrato de transporte terrestre se puede acreditar con cualquiera de los medios probatorios que señala la ley en caso de falta de carta de porte y que el monto de los daños y perjuicios se determinará, en este caso, con el criterio que informa el Art. 359º del C. de C. (Exp. Nº 867-77. Lambayeque. *RJP*. Nº 406, p. 1374).

La carta de porte es, pues, un medio de prueba, pero de carácter privilegiado, pues, «por su contenido se decidirán las contestaciones que ocurran sobre su ejecución y cumplimiento, sin admitir más excepciones que las de falsedad y error material en su redacción». Sólo a falta de ella se estará al resultado de las pruebas que ofrezcan las partes.

De otro lado, la carta de porte es un documento representativo de las mercaderías que incorpora los derechos que emergen del contrato, lo que le confiere el carácter de título-valor, y, por lo tanto, puede ser trasmitida, originando con ello la transmisión de las mercaderías, o sea, que estaría comprendido entre los títulos de tradición. El endosatario o cesionario de dicho título se subroga en todas las obligaciones y derechos del cargador o remitente o, en su caso, del destinatario o consignatario, frente al porteador o transportista. Sin embargo, si el endosante o cedente es el cargador o remitente, éste seguirá siendo responsable frente al porteador por las obligaciones que le son inherentes, de acuerdo a las disposiciones que rigen el contrato de transporte respectivo. Al respecto, habrá que tener presente la necesidad de precisar las obligaciones contractuales, pues desde el momento en que el contrato de transporte se ha destipificado, solamente quedará sujeto a la relación jurídica contractual y a los términos de la carta porte.

El endosante o cedente del título sólo responde por la existencia de las mercancías al momento de verificarse la transmisión de la Carta de Porte, sin asumir responsabilidad solidaria ni proceder contra éste acción de regreso.

Los requisitos de la carta de porte están señalados en el art. 252º de la Ley de Títulos Valores.[1] Los respectivos incisos tienen por objeto identificar a las partes del contrato: cargador, porteador y consignatario, con indicación de los respectivos domicilios, así como el lugar donde vayan dirigidos los efectos; la identificación, el lugar y plazo en que han de entregarse los efectos, así como la indemnización que haya de abonar el porteador en caso de retardo.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 28 de mayo de 1912, ha resuelto que las papeletas que expiden las empresas ferroviarias por la carga que reciben para su transporte no son las cartas de porte a que la ley se refiere. En caso de pérdida de la carga, la empresa está obligada a pagar su valor y a la indemnización de perjuicios (*R. del F.* 1915, p. 302).

---

(1) 252.1 La Carta de Porte contendrá:

a) La denominación de Carta de Porte Terrestre o Aéreo, según sea el caso;

b) El nombre, el número del documento oficial de identidad y domicilio del Remitente o Cargador;

c) El nombre y domicilio del Destinatario o Consignatario a quien o a la orden de quien vayan dirigidas las mercancías, pudiendo ser el propio Remitente o Cargador;

d) La indicación de la modalidad del transporte;

e) La indicación de la clase y especie de las mercancías, su cantidad, peso, volumen, calidad y estado aparente, marca de los bultos, unidad de medida de los bienes materia del transporte de acuerdo a los usos y costumbres del mercado y toda otra indicación que sirva para identificar las mercancías y la declaración del valor patrimonial que hubiere formulado el Cargador o Remitente, si en ello han convenido expresamente las partes, y en todo caso, si se trata de bienes perecibles o peligrosos; todo ello según declaración del Cargador o Remitente;

f) El monto del flete de transporte y de los demás servicios prestados por el Porteador o Transportista, con la indicación de estar o no pagados. A falta de tal indicación, se presume que se encuentran pagados; y, de estar pendiente de pago, debe señalarse la persona obligada al pago;

g) La fecha y lugar de emisión, lugar de carga y descarga y la fecha en que el Porteador o Transportista se ha hecho cargo o recibe las mercancías, así como el lugar y plazo de entrega de la mercancía objeto del transporte si en ese último caso en ello han convenido expresamente las partes;

h) El número de orden correspondiente y la cantidad de copias además del original que se expidan, de ser el caso; consignando en estas últimas la cláusula «Copia no negociable»;

i) El nombre, firma, el número del documento oficial de identidad y domicilio del Porteador o Transportista que emite el título; y

j) Cláusulas generales de contratación del servicio de transporte y cualquier otra indicación que permita o disponga la ley que rige los contratos de transporte terrestre o aéreo.

252.2 La omisión de una o varias de las informaciones que contiene el presente artículo no afecta la validez jurídica de la Carta de Porte; ni la nulidad de alguna estipulación conlleva la nulidad del título, el que mantendrá los derechos y obligaciones que según su contenido tenga.

7. CONTENIDO DEL CONTRATO

El contenido del contrato concierne a las obligaciones y derechos que respectan a las partes.

En referencia al cargador, la principal obligación es entregar al porteador las mercancías o efectos en el lugar y tiempo previsto en el contrato. Esta entrega es el supuesto necesario para la ejecución del transporte, pues a partir de entonces comienzan las obligaciones y las responsabilidades para el porteador.

Asimismo, es obligación del cargador pagar el precio del transporte en el momento de convenir en el contrato o a la entrega de las mercaderías, o al ser entregadas al consignatario, caso en el cual corresponde a éste hacer el pago.

> La Ejecutoria de la Corte Suprema de 16 de noviembre de 1977 resolvió que el cargador no está obligado al pago del flete si el porteador no cumple con el contrato de transporte (Exp. Nº 867-77. Lambayeque. *RJP*. Nº 406, p. 1374).

EL derecho del cargador de disponer la suspensión del transporte, dando contraorden, o variar la consignación de las cosas transportadas, no fluye de la propia ley; esta era una condición impuesta en el Código de Comercio, razón por la que actualmente será materia de inclusión dentro de las cláusulas generales de contratación a efecto que sea vinculante, salvo que por el uso y la costumbre sea de aplicación supletoria. La norma derogada precisaba este derecho a favor del cargador, siempre que al tiempo de ordenar la variación entregue al porteador la carta de porte suscrita por éste y la canjee por otra en la que conste la novación del contrato. *El cargador tenía también el derecho que corresponde a todo contratante de exigir el cumplimiento del contrato.*

Respecto al porteador, la obligación principal es la de trasladar de un lugar a otro las cosas recibidas, poniéndolas a disposición del consignatario en el *plazo, lugar y condiciones señaladas en el contrato.*

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 28 de mayo de 1912 , ha resuelto que son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas de un contrato contrarias a la naturaleza del mismo o a las que prescribe la ley; en el contrato del porteo, no obstante estipulación contraria, el porteador está obligado a entregar la cosa extraviada o su valor (Cuaderno Nº 889-1911. *AJ*. 1912, p. 62).

En cuanto al plazo, si no hubiere sido señalado, es obligación del porteador transportarlas «en las primeras expediciones de mercaderías iguales o análogas que hiciere al punto en donde debe entregarlas; y de no hacerlo así, serán de su cargo los perjuicios que se ocasionen por la demora», criterio que antes se encontraba respaldado por el Art. 353 del Código de Comercio, pero que ahora deberá ser materia de imputación de responsabilidad si fuera el caso.

El retraso en la entrega se regulaba igualmente en el Código de Comercio. Actualmente, habrá que acudir a los términos del contrato o las normas del derecho civil a efecto de determinar el daño por culpa o dolo. Se generará responsabilidad del porteador si le es imputable por dolo o culpa. En tal supuesto, si se hubiere pactado el monto de la indemnización, es este el que regirá, sin que el cargador tenga derecho a otra cosa; si no se hubiere señalado el *quantum*, el porteador es responsable por todos los perjuicios que el retraso hubiere podido ocasionar. Deberá pactarse la limitación de que si el consignatario prefiere hacer abandono de los objetos transportados, el precio no excederá del que tendrían en el día y lugar en que debían entregarse.

A la llegada de la mercadería, el porteador debe entregar al consignatario, sin demora ni entorpecimiento alguno, los efectos que hubiere recibido, por el solo hecho de estar designado en la carta de porte para recibirlos; y de no hacerlo así será responsable por los perjuicios que por ello se ocasionen.

En cuanto al *itinerario*, el Art. 354 del Código de Comercio señalaba que el porteador no podía variar de ruta, si medió pacto sobre ella, salvo causa de fuerza mayor, caso en el cual tenía derecho al aumento de portes que se originare; pero, si no ocurriere tal évento e hiciere el cambio, respondía de los daños que por cualquier otra causa sobrevinieran a los efectos, además de la suma que se hubiere estipulado para tal suceso. Actualmente, deberá estarse a la regulación del derecho común en cuanto a los daños y perjuicios ocasionados.

Otra obligación del porteador es la de entregar al consignatario los efectos transportados en el domicilio señalado en la carta de porte, y si el consignatario no se hallare en ese lugar o se negare al pago de portes y gastos, o rehusare el recibo de los géneros, deberá hacer el depósito judicial de ellos, recurriendo en tal caso a las normas del derecho común, dado que la norma específica contemplada en el Código de Comercio ha sido derogada.

De acuerdo con el Art. 147 del Reglamento Nacional de Transporte Terrestre, «El remitente es responsable de la exactitud de las indicaciones y declaraciones concernientes a la mercancía que se consigna en el documento. Si tales indicaciones y declaraciones resultasen inexactas, incompletas o falsas, el remitente responde por los daños que tal circunstancia ocasione al transportador o a terceros. Los documentos no deben contener borrones ni enmendaduras, las que, de existir, los invalidan.

La custodia de los efectos materia del contrato también es obligación del porteador, desde el momento en que recibe las mercaderías. Si los documentos no contienen reservas específicas, se presume, salvo prueba en contrario, que las mercancías y sus embalajes se encontraban en buen estado y condición cuando el transportista las recibió y que el número de bultos y su marca corresponden a las declaraciones contenidas en ella.» (Art. 147, Reglamento Nacional de Transporte Terrestre).

Son derechos del porteador, además de recibir el precio por el transporte, los de registrar los bultos que se le entregan para el reparto si tuviera fundadas sospechas de falsedad en la declaración sobre su contenido; *proceder a la venta judicial* de los efectos que por su naturaleza o por accidente inevitable puedan sufrir menoscabo.

8. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSIGNATARIO

El primordial derecho del consignatario es que el *porteador le entregue los efectos porteados*, en el plazo previsto en el contrato, sin detrimento ni menoscabo. Si el porteador incumple su obligación, no sólo se le impone la responsabilidad consiguiente, sino que el consignatario puede abandonar o dejar los efectos por cuenta de aquél, si quedan inútiles para su venta o consumo o cuando se retrase la entrega por culpa del porteador, quien, en caso de abandono, debe satisfacer el importe total de los géneros inutilizados o no entregados a su debido tiempo. Es de mencionar que si el consignatario, que no es el propio cargador, rehúsa el recibo de las mercancías, no queda obligado frente al porteador, sin perjuicio de que este pueda cobrar sus créditos sobre los efectos porteados. Pero, si recibe las mercancías o efectos, el consignatario queda obligado a satisfacer el porte y los gastos necesarios de la conducción.

El retraso de veinticuatro horas en el pago confiere al porteador el derecho a exigir la venta judicial de los objetos porteados.

Como obligación del porteador figura también la de *depositar los efectos* a disposición del cargador o remitente cuando no se halla el consignatario en el domicilio indicado en la carta de porte o rehúsa recibir aquellos.

Derechos del porteador; además de recibir el precio por el que intervino en el contrato, bien de parte del propio cargador o del consignatario que recibió las mercancías, tiene derecho a percibir el importe de los gastos en que hubiese incurrido para cobrar el flete, caso en el cual debe pagar además los gastos. Si el consignatario no manifiesta su voluntad de intervenir en el contrato, no nace para él ninguna responsabilidad derivada del convenio, salvo en la que pueda incurrir el porteador en virtud de las relaciones entre ambos.

9. PRIVILEGIOS DEL PORTEADOR

El Código de Comercio contemplaba privilegios a favor del porteador que había sido burlado en el pago del flete. Al respecto, señalaba que el pago se garantizaba con *un derecho real sobre las cosas transportadas*, y no sólo el derecho personal de crédito que deriva del contrato. Aunque tal derecho no era de prenda ni de retención, pues en caso de falta de pago del porte debía depositar judicialmente la mercancía, y tenía preferencia a ser pagado, antes que otros acreedores, sobre el precio que se obtenga de la venta de las cosas transportadas y aun en caso de quiebra del porteador, si se reclama dentro de los ocho días de la fecha en que se

hizo la entrega, quedando como acreedor ordinario vencido el plazo. Este derecho de privilegio no ha sido receptado en las normas que regulan este contrato.

Otro privilegio señalado en la primera parte del derogado art. 367º, referente a la *valuación por pérdidas o extravíos de la carga*, que no excederá de lo declarado por el cargador en la carta de porte, sin admitir pruebas, tampoco ha sido acogido por la legislación actual, quedando ello en manos del pacto entre las partes o de las cláusulas generales de contratación.

De otro lado, el porteador tiene los derechos de *depositar judicialmente las cosas transportadas*, surtiendo el depósito los efectos de la entrega cuando no se halle el consignatario en su domicilio, niegue el pago de los portes o rehúse recibir los efectos; *exigir la venta judicial de los géneros que condujo*, en cantidad suficiente para cubrir el precio de transporte y los gastos que hubiere sufrido.

10. EL RIESGO EN EL CONTRATO

El riesgo de las cosas transportadas es de cargo del cargador, salvo, desde luego, si se hubiere convenido lo contrario. Los riesgos están determinados por la ley común, caso fortuito, fuerza mayor, o naturaleza o vicio propio de las cosas, incumbiendo la prueba al porteador

De otro lado, se impone al porteador la responsabilidad por las pérdidas y averías que proceden de las causas antes expresadas si se probare, en contra de él, su negligencia o el haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes. De todo lo cual resulta que la determinación de la responsabilidad por riesgo queda supeditada a lo que se pruebe al respecto.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 11 de septiembre de 1973, ha resuelto que el transportista es responsable de la indemnización de los daños y perjuicios cuando el personal encargado de la conducción de un tren de su propiedad no toma las debidas precauciones para evitar accidentes a los pasajeros; y que el monto de indemnización debe fijarse prudencialmente teniendo en cuenta la edad de la víctima, el trabajo que realizaba y los estudios seguidos (Exp Nº 662-73. Lima. *RJP*. Nº 358, p. 1359).

Si se trata de varios porteadores, la acción de responsabilidad por riesgo se rige por lo dispuesto en el art. 368º, en virtud del cual cada porteador asumirá la obligación de los que le hayan precedido en la conducción, salvo su derecho a repetir contra éstos si no fuere él el responsable directo de la falta que ocasione la reclamación del cargador o consignatario. Frente a éstos, todos los porteadores responden solidariamente.

> La Corte Suprema ha resuelto que si son varios los porteadores de las mercancías, el último sólo responde de las pérdidas mientras él las ha transportado, mas no de las que tuvieron lugar cuando eran llevadas por los que le precedieron en su conducción en un servicio combinado de transporte (Ejecutoria Suprema de 14 de noviembre de 1957. Exp. Nº 415-57. Lima. *RJP*. Nº 169. p. 193). Asimismo, que el porteador que entrega la mercade-

ría al consignatario en virtud de servicios combinados, es responsable frente a los anteriores porteadores por las pérdidas de las mercaderías entregadas para su transporte (Ejecutoria Suprema de 15 de abril de 1975. Exp. Nº 1210-74. *RJP*. Nº 375, p. 384).

La responsabilidad por retraso ya se ha visto que sólo es imputable al porteador si ha incurrido en dolo o culpa, lo que descarta el riesgo.

En los casos de pérdida o extravío, todos los medios de transporte quedan especialmente obligados a favor del cargador, si bien en cuanto a los ferrocarriles dicha obligación quedará sujeta a lo que determinen las leyes de concesión respecto a la propiedad, y a lo que el Código establece sobre la manera y forma de efectuar los embargos y retenciones contra las expresadas compañías.

11. LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD

La limitación de la responsabilidad en función del valor de las cosas perdidas deberá ser materia de pacto expreso, lo que se combina con las reglas del abandono en el caso de retraso y en el de la avería que deje la cosa inutilizada. De este modo, resulta que en los casos de pérdida de la mercancía, en el de abandono por inutilidad de los géneros para su venta y consumo, abandono por retardo, el porteador sólo estaría obligado a pagar el valor de las mercancías transportadas, no el valor de los perjuicios. Estos aspectos se encontraban sumamente precisados en el Código de Comercio, siendo ahora materia de pacto expreso o, en caso de transporte internacional regional, sujeto a las normas relativas a la decisión 399 del acuerdo de Cartagena que recoge estos criterios, o al Pacto de Varsovia, según sea el caso.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 17 de diciembre de 1912, ha resuelto que no favorecen al porteador las declaraciones de irresponsabilidad que hagan por medio de circulares dirigidas al comercio. No habiéndose comprobado la circunstancia eximente de responsabilidad, el porteador está obligado a indemnizar por el robo de lo que le fue entregado. El porteador es responsable de lo que se le entrega; salvo el caso fortuito, de fuerza mayor, o de naturaleza y vicio propio de las cosas.(*AJ*. 1912, p. 264).

Asimismo, que son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas de un contrato contrarias a la naturaleza del mismo o a las que prescribe la ley; en el contrato de porteo, no obstante la estipulación contraria, el portador está obligado a entregar la cosa extraviada o su valor (Ejecutoria Suprema de 28 de mayo de 1912. Cuaderno Nº 889-1911. *AJ*. 1912, p. 62).

12. TRANSPORTE DE PERSONAS

El Código no contenía normas referentes a esta modalidad del transporte, salvo la indicación del art. 347º, que alude a «los viajeros» en relación con el contenido de la carta de porte. El actual Reglamento de Transporte Terrestre precisa, en su artículo 142, que el servicio de transporte provincial regular de personas se formaliza consensualmente por la aceptación de la oferta del servicio, en tanto

que el servicio de transporte interprovincial regular de personas se formaliza con la emisión del boleto de viaje por el transportista y su aceptación por el usuario.

El concepto del contrato es el mismo que el de transporte de cosas, con la variante de que el objeto del transporte no es una cosa, sino una persona.

Los elementos personales resultan, así, el porteador y el viajero, desapareciendo el cargador o remitente y el destinatario o consignatario.

La obligación del primero es, fundamentalmente, trasladar incólume al viajero de un lugar a otro, en las condiciones pactadas en el contrato; y la del segundo, pagar el precio del pasaje.

El título del contrato es la carta de porte, que recibe el nombre de «billete», en el que se debe indicar quién es el porteador, la fecha de la expedición, los puntos de salida y llegada y el precio, debiendo, además, en referencia al equipaje que llevare el viajero, mencionarse el número y el peso de los bultos y las demás indicaciones que se consideren necesarias para su identificación.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 28 de septiembre de 1945, ha resuelto que la indemnización por pérdida del equipaje conducido en ómnibus puede ser fijada prudencialmente por el Juez (Exp. Nº 550-45. Lima, *R. de los T.* Año 1946. Nº 638, p. 111).

La responsabilidad del porteador ofrece las características propias relacionadas con la circunstancia de ser una persona quien debe ser transportable. De aquí que no pueden ser de aplicación las disposiciones referentes a la pérdida, daños o averías de las cosas, las que resultan sustituidas por las normas del derecho civil sobre responsabilidad, tanto en el caso de muerte o accidente, como en el de retraso.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 3 de abril de 1957 ha establecido que las empresas de transportes están obligadas a conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino (*RJP*, Julio de 1957, p. 811). Por otra parte ha resuelto que estando sujeto el viaje contratado con una Agencia de Turismo a una condición que no se ha cumplido, debe devolverse la suma entregada a cuenta del valor de los pasajes, aun cuando la Agencia hubiera hecho las reservaciones correspondientes (Ejecutoria Suprema de 19 de agosto de 1957. Exp.Nº 128-57. Lima. *RJP*. Nº 172, p. 563). Asimismo, que constituye un caso de fuerza mayor que exonera de responsabilidad por el incumplimiento de un contrato de transporte aéreo, la prohibición al pasajero de ingresar al país de su destino, por razones políticas (Ejecutoria Suprema de 6 de septiembre de 1960, Exp. 828-60. Lima, *RJP*. Nº 208, p. 775).

13. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

El derecho a cobrar los portes y gastos a ellos inherentes prescribe a los *seis meses* de la entrega de los efectos que los devengaran. *En igual plazo prescribe* el derecho al cobro del pasaje, a contar desde el día en que el pasajero llegó a su destino, o del día en que debía pagarlo (art. 962º).

La acción sobre entrega de cargamento o de indemnización por los retrasos o daños sufridos en los objetos transportados, *prescribe al año*, contado desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de su destino, o del día en que debía verificarse, según las condiciones del transporte.

Las acciones por daños o faltas no podrán ser ejercitadas si al tiempo de la entrega de las respectivas expediciones, o dentro de las veinticuatro horas siguientes, cuando se trate de daños que no aparecieren de los bultos recibidos, no se hubiesen formalizado las correspondientes protestas o reservas (art. 963º, inc. 2).

También prescriben *al año* las acciones por gastos de venta judicial de los efectos transportados, contándose el plazo desde que los gastos se hubieran hecho, o desde la terminación del expediente, si se hubiere formalizado sobre el caso (art. 963º, inc. 3).

CAPÍTULO VIII
CONTRATO DE SEGURO

1. Concepto. 2. Clases de seguros. 3. Elementos personales del contrato. 4. Póliza. 5. Póliza flotante o de abono. 6. Elementos reales del contrato: a) Riesgo; b) Interés; c) Prima; d) Indemnización. 7. Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro. 8. Seguro múltiple y coaseguro. 9. Reaseguro. 10. Obligaciones del asegurado. 11. Obligaciones del asegurador. 12. Rescisión del contrato.

1. CONCEPTO

El Código de Comercio no define el contrato de seguro. Se limita a indicar cuándo debe reputársele como contrato mercantil. No se consideró necesaria la definición porque este contrato, al igual que muchos otros considerados en el Código de Comercio, estaba también legislado en el Código Civil, de modo que el concepto se presuponía, requiriéndose solamente determinar su calidad de contrato mercantil. El C.C. actual no se ocupa de él.

La definición del contrato se dificulta dada la gran variedad de formas que el mismo reviste y que, en algunos casos, origina distintas configuraciones, con peculiaridades específicas. No obstante, puede intentarse definirlo como un contrato por el cual una persona («asegurador») se obliga, a cambio de una suma de dinero («prima»), a indemnizar a otra («asegurado»), satisfacer una necesidad de ésta o entregar a un tercero («beneficiario»), dentro de las condiciones convenidas, las cantidades pactadas para compensar las consecuencias de un evento incierto, cuando menos en cuanto al tiempo («riesgo»).

De lo expresado se desprende que se trata de un contrato *bilateral*, porque genera obligaciones para las dos partes que intervienen; *oneroso*, porque supone la satisfacción de obligaciones a cargo de ambas partes; *aleatorio*, porque existe un

elemento contingente, capaz de alterar la conmutación de las prestaciones; de *tracto sucesivo*, porque su contenido no se agota en una prestación única o en un solo momento, sino en prestaciones continuadas.

El carácter aleatorio del contrato no desaparece por el hecho de que las compañías aseguradoras dispongan de tablas estadísticas que les permite determinar el costo de los riesgos, en función de lo cual fijan el importe de las primas, pues si bien la explotación en masa del seguro permite destacar el área del negocio, no ocurre lo mismo en relación con cada contrato en particular y menos en relación con el asegurado. O sea, que si bien la actividad aseguradora en sí es cada vez menos riesgosa en la medida del perfeccionamiento de los medios para determinar la frecuencia de los riesgos, el contrato sigue siendo aleatorio tratándose de cada contrato aislado y respecto al asegurado.

2. CLASES DE SEGUROS

El contrato de seguro admite diversas clasificaciones.

La primera sería la de seguro *terrestre* y *marítimo*, siguiendo la sistemática del código, que separa en libros ambas formas de practicar el comercio. Habría que agregar el seguro *aéreo* vinculado a esta forma de transporte desconocida en la época de la dación del código.

Otra clasificación es la de *seguros sociales* y *seguros privados*. Los primeros son impuestos por el Estado para cumplir fines de asistencia y previsión social. Los segundos quedan librados a la voluntad de las partes en uso de la autonomía contractual.

También pueden ser los seguros *sobre cosas* o *sobre personas*. Los primeros tienen por objeto las cosas en sí, o determinados derechos sobre ellas, como son los seguros de incendio, de transporte, etc., y son llamados seguros de indemnización. Los segundos tienen por objeto un interés ligado directamente a la persona humana, como es el seguro de vida, de enfermedad o accidentes, y son llamados seguros de previsión.

Asimismo, los seguros pueden ser clasificados como *seguros mutuos* y *seguros por primas*. Los primeros representan formas asociativas, que excluyen el propósito de lucro y no se reputan comerciales, aunque los aseguradores adopten la forma de sociedades (art. 132 del C. de C.). Los *seguros a prima* son los que se pactan con compañías dedicadas a esta clase de actividades y tienen carácter comercial.

Dentro de estas clasificaciones caben las múltiples formas que han ido apareciendo como resultado de la vida económica moderna y que no están consideradas en el Código de Comercio, que, aparte de las disposiciones generales aplicables a todos los contratos de seguro, sólo regula específicamente, en la Sección Octava del Libro Segundo, el seguro contra incendios, el seguro sobre la

vida y el seguro de transporte terrestre. Sobre las demás clases de seguros, sólo hace una referencia general.

3. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO

Las personas que intervienen en el contrato de seguro son: *el asegurador* y *el asegurado*. En algunos intervienen también otras personas, como son *el beneficiario*, en los seguros sobre la vida, o *la persona por cuenta de quien se tomó el seguro*. Se excluyen los agentes de seguro, porque si bien es con ellos con quienes muchas veces se celebra el contrato, los derechos y obligaciones que de él emergen no recaen sobre ellos. Son meros intermediarios, dependientes o no, de las compañías aseguradoras.

El asegurador es la persona que se obliga a cubrir la indemnización o satisfacer la previsión, a cambio de la percepción de la prima. El código sólo exige que el asegurador sea comerciante (art. 375), o sea que podría serlo un comerciante individual, criterio modificado por la Ley Nº 9953, que sólo permite esta clase de actividades a las sociedades anónimas, aspecto que mantiene actualmente la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (Ley Nº 26702).

La importancia del contrato de seguro, que está destinado a gran número de personas y cuyo objetivo es compensar los infortunios ocasionados por eventos riesgosos, ha obligado a adoptar medidas tendentes a evitar que los asegurados puedan ver frustradas las legítimas expectativas cifradas en el contrato. De allí las normas mencionadas, complementarias al Código de Comercio, y las disposiciones de tipo administrativo que someten a las compañías aseguradoras a la supervigilancia de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El asegurado es la persona que se pone a cubierto del riesgo a cambio de la prima. Respecto al asegurado no existe restricción alguna para la celebración del contrato, el cual puede celebrarlo directamente o valiéndose de apoderado o representante. Puede ser también asegurado quien, sin haber intervenido en la concertación del contrato ni pagado la prima, va a reclamar la prestación de parte del asegurador. Así ocurre en los seguros por cuenta ajena, en los que el asegurado es el verdadero interesado en obtener la contraprestación a cargo del asegurador, pactada por otro en su propio nombre. Esta forma de seguro es muy frecuente en los casos en que alguien está en posesión de bienes ajenos para su venta, transporte, almacenaje, etc. Puede revestir dos modalidades: identificando a la persona a quien corresponde el seguro, o sin identificarla, caso último frecuente en las ventas CIF, en que se asegura las mercancías en interés del eventual vendedor, o del comprador. Esta última forma de seguro es denominada «por cuenta de quien corresponda». Es de hacer notar al respecto que el Código de Comercio, en referencia al seguro, exige que en la póliza se designe el nombre del interesado en el seguro en condición de asegurado (art. 751, inc. 3).

El beneficiario es la persona que, sin ser asegurado, recibe el importe de la suma asegurada. En consecuencia, no está obligado a satisfacer las primas a la compañía. Es, en cierta forma, el tercero a quien se favorece con una estipulación determinada (art. 1457 y sgts. del C.C.).

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 17 de julio de 1956, ha resuelto que si el inquilino de un inmueble contrata un seguro contra incendio aparentando ser dueño del inmueble, en caso de producirse el siniestro, el verdadero dueño tiene derecho a cobrar el monto de la indemnización (*RJP*, febrero de 1957, p. 223).

El beneficiario no es, como el asegurador o el asegurado, una figura de existencia necesaria en el contrato. En primer lugar, sólo está referida al seguro de vida, o a ciertas formas de seguros personales. En segundo lugar, si el asegurado no lo designa, el beneficio recae en sus herederos, quienes lo reciben por ser tales, no teniendo, en consecuencia, figuración en la póliza. Del beneficiario nos ocuparemos al tratar del seguro de vida.

> En Ejecutoria de 27 de mayo de 1936, se ha establecido que no puede uno de los cónyuges por acto unilateral alterar el contrato de seguro de vida en que se designa como beneficiario al cónyuge sobreviviente (*A.J.*, p. 64 y *R. de los T.*, 1936, p. 111).

La Ley Nº 26702 trata de los intermediarios de seguros y de los auxiliares de seguros (arts. 335 y sgts.).

Los *intermediarios*, son los que se conoce con el nombre de *corredores de seguros*, los que pueden intermediar en la celebración de los contratos de seguros y asesorar a los asegurados o contratantes del seguro en materia de su competencia. Entre las funciones que realizan se encuentran: a) la de informar a la empresa de seguros, en representación del asegurado, sobre las condiciones del riesgo; b) informar al asegurado o contratante del seguro de las condiciones del riesgo; c) comprobar que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones según las cuales se cubre el riesgo. Los actos que realiza el corredor de seguros son actos administrativos de representación, mas no de disposición.

Por otra parte, los *auxiliares de seguros* comprende a los ajustadores de siniestros y a los peritos de seguros.

Los *ajustadores de siniestros* tienen como función: a) estimar el valor de los objetos asegurados antes de la ocurrencia del siniestro; b) examinar e investigar las causas del siniestro; c) determinar si el mismo se encuentra amparado por las condiciones de la póliza; d) señalar el monto de los daños o de las pérdidas. El peritaje del ajustador no obliga a las partes y es independiente a ellos.

En cuanto a los *peritos de seguros*, éstos tienen como función: a) la de inspección de riesgos, con la finalidad que la empresa de seguros conozca el riesgo; b) la de previsión, para tal efecto alerta sobre la posibilidad de que ocurra un daño o una pérdida, recomendando las acciones para evitar o reducir una u otra; c) la de

inspector de averías, en este sentido investiga los daños y las pérdidas, estimando la cuantía, así como el valor de los objetos siniestrados.

4. PÓLIZA

El art. 377 del Código expresa que el contrato de seguro «se consignará por escrito en póliza o en otro documento público o privado suscrito por los contratantes». Y el art. 380 dice que, en *defecto* de póliza o documentos que contenga los pactos lícitos, el contrato se regirá por las reglas contenidas en la Sección Octava del Código.

De acuerdo con lo expresado, resulta:

1) que la póliza no es el documento único en el que puede constar el contrato;
2) que la póliza no es el documento requerido como solemnidad del contrato, sino *ad probatione*. Quiere decir que, siendo la póliza el medio idóneo de acreditar la existencia del contrato, pueden haber otros medios a falta de éste, como serían, por ejemplo, los formularios que contienen las solicitaciones del seguro que hace el asegurado a la compañía aseguradora; los libros de contabilidad de ésta; las comunicaciones que pudieran haberse cambiado; los recibos que acrediten el pago de la prima; las pólizas para riesgos iguales al que se trata de probar que se aseguró; la confesión del gerente de la compañía de seguros, etc. Pero en la práctica no se da el caso de un contrato de seguro en que se prescinda de la póliza.

En Ejecutoria de 24 de octubre de 1945, la Corte Suprema ha establecido que los contratos de seguros se rigen por las estipulaciones que contiene la póliza. Que toda modificación debe constar por escrito, y que rigiéndose los contratos de seguro por las estipulaciones contenidas en la póliza, la pérdida de la carga asegurada que fue acondicionada en buque distinto del señalado en aquélla, no obliga a la compañía aseguradora (*R. de los T.* 1945, p. 277).

Asimismo, que el asegurador tiene derecho a cobrar la prima o primas cuando existe un contrato formalizado previo acuerdo de voluntades, en el que se especifique el concepto de seguro, la suma en que se evalúen, la prima a pagarse por tal seguro y demás requisitos señalados en el Código de Comercio (Ejecutoria Suprema de 9 de abril de 1991, Exp. Nº 1264-90. Lima, *Revista Jurídica del Perú*, Jul-Set. de 1995, p. 213).

En cuanto al *contenido de la póliza*, está señalado con el mínimo de requisitos que debe contener en el art. 378 del Código (inc. 9) y en el art. 412, referidos a toda clase de seguros en forma general y especialmente al seguro de cosas, el primero; y al seguro de vida, el segundo. En la misma póliza constarán las novaciones que se hagan en el contrato o las modificaciones que se introduzcan en él (art. 379).

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 23 de marzo de 1973 (*Rev. Jur. Per.*, Nº 352, de mayo de 1973, p. 607), ha resuelto que la compañía aseguradora no está obligada a resarcir el siniestro ocurrido dentro del límite de la franquicia; y que la vendedora no está obligada al

pago de una indemnización como consecuencia del convenio estipulado entre la compradora y la compañía aseguradora.

Como puede apreciarse, los arts. 378 y 412 hacen mención a una serie de datos identificatorios de las partes contratantes: el concepto de seguro; las sumas por las que se contrata el seguro, señalándose el valor de los objetos, si se trata de seguro de cosas, o la cantidad de capital o renta que habrá de pagarse, en el seguro de vida; el monto de la prima, la forma, modo y lugar de pago; la duración del seguro; el día y hora en que comienzan los efectos del contrato; los seguros ya existentes sobre los objetos asegurados; la disminución o aumento del capital o renta asegurados, y las fechas desde las que debe contarse tales aumentos o disminuciones.

La Corte Suprema ha resuelto que la existencia de artículos arriesgables o peligrosos entre los asegurados que, contra lo convenido, no se especificaron en la póliza, anula el contrato sobre seguro de mercaderías (Ejecutoria de 16 de Mayo de 1888, *AJ*, 1888, p. 20). Asimismo, que es nulo el documento que rebaja el valor de una póliza de siniestro, otorgado en circunstancia en que el asegurado carecía de entera libertad para controlar (Ejecutoria de 21 de noviembre de 1919, *AJ*,. 1919, p. 205).

Por otra parte, la Ley Nº 26702, en su artículo 326, establece que adicionalmente las pólizas deben de cumplir con ciertos requisitos mínimos tales como: a) su contenido debe de ajustarse a las disposiciones legales que norman el contrato de seguros; b) las condiciones generales, particulares y especiales de la póliza han de ser redactados en lenguaje fácilmente comprensible; c) los amparos básicos y las exclusiones deben de figurar con caracteres destacados; d) el monto de la prima; e) en su caso, se precisará el número del registro oficial del corredor de seguros y la comisión que éste ha de percibir, que se fija libremente por acuerdo entre el asegurador y el corredor de seguros.

Desde el punto de vista procesal, el art. 422 del Código confiere fuerza ejecutiva a la póliza de seguro sobre la vida que tenga cantidad fija y plazo señalado para su entrega, encontrándose en consecuencia dentro de los alcances del art. 693 inc. 8 del C.P.C.

Además de la póliza, hay otros documentos que se utilizan en el contrato de seguro y que tienen mucha importancia para decidir las cuestiones que pudieran suscitarse en determinado momento. El primero de ellos es la solicitud que presenta a la compañía aseguradora quien se propone tomar el seguro y que es un formulario preparado por el asegurador y que debe ser llenado por el solicitante con los datos pertinentes a la clase de seguro que va a ser materia del contrato. La importancia del documento se revela en el hecho de que si el solicitante responde falsa o inexactamente respecto a las preguntas formuladas, el contrato es nulo (art. 376).

También son documentos vinculados a la celebración del contrato la llamada nota o recibo de *cobertura provisional*, que sirve para acreditar el contrato en tanto

se extiende la póliza; los *apéndices*, que se agregan a la póliza modificando el contrato; y el *certificado de seguro*, que acredita la aplicación concreta de un seguro flotante o de abono a una determinada operación.

5. PÓLIZA FLOTANTE O DE ABONO

Es una modalidad que se utiliza cuando se necesita acudir constantemente al seguro. Para evitar el estar en descubierto, se cubren anticipada y preventivamente todos los intereses asegurables en una sola póliza a medida que vayan quedando las cosas expuestas a los riesgos. Con tal fin basta pasar el respectivo aviso al asegurador para que haga la aplicación correspondiente a la póliza. A este documento complementario se le denomina «declaración de alimentación» o «aviso», «cupón», o «certificado de seguro». La utilidad de estas pólizas estriba, para el asegurado, en que le evita pérdidas de tiempo en solicitar repetidamente varios seguros, pues sólo le bastará, después del contrato inicial, dar los avisos sucesivos; y para el asegurador, porque le garantizan la estabilidad de las primas y le facilita la concertación simultánea de una cantidad más o menos numerosa de seguros de una sola vez.

6. ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO

Son elementos reales del seguro: a) el riesgo; b) el interés; c) la prima; d) la indemnización.

a) El riesgo es un evento posible, incierto y futuro, capaz de ocasionar un daño del cual surja una necesidad patrimonial. El acontecimiento *debe ser posible*, porque de otro modo no existiría inseguridad. Lo imposible no origina riesgo. *Debe ser incierto*, porque si necesariamente va a ocurrir, nadie asumiría la obligación de repararlo. La incertidumbre puede referirse tanto al hecho mismo como al *momento* en que puede producirse. Así ocurre con la muerte que se sabe ha de llegar, pero no se sabe cuándo. Y debe ser, finalmente, *futuro*, pues si el evento ya ocurrió no hay nada que asegurar, salvo que los interesados ignoren la ocurrencia, caso en el cual el elemento subjetivo genera efectos que hacen incierto el evento. Así ocurriría, por ejemplo, si se asegura un cargamento que estaba perdido al celebrarse el contrato, ignorándolo las partes.

El riesgo debe ser susceptible de originar *un daño*, que es la necesidad que debe cubrir el seguro y que puede ser *específico y concreto*, como en el caso de seguro contra daños, o *abstracto*, como en el seguro de persona. De modo que mientras que en el primer caso se trata de una *indemnización* en relación con el monto del seguro y la cuantía de los daños; en el segundo, es una *previsión*, que obliga a satisfacer el monto asegurado sin relacionarlo a lo que puede estimarse como desmedro patrimonial.

En todo caso, se trata de satisfacer una necesidad patrimonial.

b) *El interés* es la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por efecto del evento previsto, que no recae en lo que es objeto del seguro, sino en el interés que en él tenga el asegurado, como ocurre en el caso del seguro tomado por el usufructuario, o el acreedor hipotecario. Es un elemento propio del seguro de daños. El art. 425 del C. de C. menciona expresamente como posibles asegurados «a todos los que tengan interés y responsabilidad» en la conservación de la cosa.

Los riesgos objeto del seguro son innumerables y originan la gran variedad de seguros que existen en el ámbito de la contratación. Como hemos visto, el Código de Comercio sólo reglamenta, además del seguro marítimo, el seguro contra incendios, sobre la vida y el de transporte terrestre.

No obstante que existen muchos eventos futuros e inciertos, capaces de originar daños u ocasionar un estado de necesidad, resultan excluidos del seguro. Desde luego, aparte de los hechos ilícitos, opuestos a las leyes o a la moral y los producidos por actividades ilícitas del asegurado, como ocurre en el caso de incendio a que se refiere la segunda aparte del art. 319, hay otros casos mencionados en este mismo apartado en que quedan excluidos como riesgos normales aquellos llamados *catastróficos*, respecto a los cuales cabe, sin embargo, incluirlos en forma específica como riesgos extraordinarios.

c) *La prima* es la prestación que debe satisfacer el asegurado, o el contratante, o el tomador del seguro, a cambio de la cual el asegurador asume la obligación de satisfacer las consecuencias dañosas del riesgo. Es un elemento esencial del contrato, sin la cual éste no existe. A ella se refiere el inc. 5 del art. 378 del Código. Con respecto a ella, expresa el art. 383, referente al seguro contra incendio, que la prima puede ser única o parcial y que se pagará anticipadamente. Aunque es lo frecuente que se pacte en toda clase de seguros el pago en forma periódica en prestaciones repetidas correspondientes a cada uno de los períodos en que se divide el seguro, también en este supuesto el pago debe hacerse al comienzo de cada período.

Otra característica de la prima es su *indivisibilidad*, o sea que una vez pagada la hace suya el asegurador, aunque por cualquier causa cese la cobertura del seguro y el contrato no pueda seguir surtiendo efectos (art. 383, 2da. parte).

En cuanto *al lugar del pago de la prima*, debe ser fijado en la póliza, pero si, no obstante indicarse en ésta que debe ser satisfecha en el domicilio de la compañía aseguradora, se envía a los agentes o cobradores a solicitar el pago, no puede invocarse lo pactado y pretenderse incumplimiento por parte del asegurado en caso de que no se le hubiera solicitado el pago.

Respecto al *monto de la prima*, o sea el precio del seguro, no cabe que sea discutida entre las partes. Ella viene determinada por los cálculos actuariales sobre la base de las estadísticas o leyes de los grandes números que toman en cuenta la frecuencia de los riesgos y las sumas que deben satisfacer un conjunto de personas para cubrirlos. A este concepto hay que agregar los gastos generales de las compañías y las utilidades que se espera obtener del ejercicio de esta actividad, de donde surgen las diferencias entre *prima bruta* y *prima neta*, o *prima comercial* o *de tarifa*.

d) *La indemnización* es la contraprestación a cargo del asegurador de pagar la cantidad correspondiente al daño causado por el siniestro, en virtud de haber recibido la prima.

La indemnización reviste dos modalidades, según se trate de seguros sobre cosas y de seguros sobre personas.

En el primer caso, la indemnización es propiamente tal. Se indemniza en la medida en que se ha sufrido el daño dentro del límite máximo señalado en la póliza y en la proporción en que se encuentre el valor del interés asegurado con la suma asegurada. Esto supone la valuación del daño y su relación con la suma asegurada. Por ello a estos seguros se les llama *de indemnización*.

En el segundo caso, no hay valuación alguna, el asegurador queda obligado a satisfacer la suma total prevista en el contrato, como ocurre en el seguro de vida para el caso de muerte. Por eso a estos contratos se les llama *contratos de seguro de previsión*.

La Ley Nº 26702, en su art. 327, permite que a menos que se pacte en moneda extranjera, los capitales asegurados, las primas y las indemnizaciones pueden ser expresadas en la póliza de seguro en moneda nacional de valor adquisitivo constante (VAC).

7. SEGURO PLENO, SOBRESEGURO E INFRASEGURO

La fijación del monto indemnizable conduce a considerar el valor que se ha señalado a las cosas y la cantidad por la que se ha contratado el seguro, según se ha expresado; de donde deriva el concepto de *seguro pleno*, *sobreseguro* e *infraseguro*.

El *seguro pleno* es aquél en el que el valor del interés coincide con la suma asegurada. Así ocurre en el seguro de vida, en el que la cifra señalada tiene el carácter de absoluta, no estando referida a ningún otro factor.

En el *sobreseguro* la suma asegurada es superior al valor del interés, lo que origina una situación de peligro para el asegurador, ya que el asegurado no tendrá interés en la conservación de la cosa y puede verse tentado a provocar el siniestro, a fin de obtener como indemnización una suma mayor al valor real de lo asegurado.

Esta situación puede darse en el seguro de cosas. El Código no se detiene a considerar este supuesto, haciendo tan sólo una referencia en el art. 392 cuando menciona la valuación de los objetos o la estimación de los riesgos como límite de la garantía del asegurador, y en el art. 376 cuando alude a la declaración dolosa del asegurado como causal de nulidad, o la declaración inexacta que puede influir en la estimación de los riesgos (incs. 1 y 2).

En el *infraseguro*, que también está referido al seguro de las cosas, el valor cubierto por el contrato es inferior al del interés asegurado, o sea, que sólo se asegura una parte de dicho interés. Esto significa que, por la parte no asegurada, el asegurado corre el riesgo, siendo común afirmar que el asegurado es su propio asegurador.

8. SEGURO MÚLTIPLE Y COASEGURO

La indemnización puede reconocer, además, otras modalidades que dependen principalmente de la persona del asegurador. Son los casos del *seguro múltiple* y el *coaseguro*.

El *seguro múltiple* tiene lugar cuando un mismo interés se asegura contra los mismos riesgos y a un mismo tiempo por diferentes aseguradores, sin que la suma asegurada por cada uno de ellos haya sido determinada de acuerdo con los demás. En este supuesto puede ocurrir que el total de la suma asegurada en los diferentes contratos sea igual al valor del interés asegurable, caso en el cual no habrá beneficio para los asegurados, quedando los aseguradores obligados a contribuir a la indemnización a prorrata de las sumas que aseguraron (art. 395). Pero si la suma total excede del valor del interés asegurable, caso en el cual la indemnización podría superar dicho interés, se desnaturalizaría el seguro, que sólo debe tener carácter reparatorio del daño, convirtiéndolo en fuente de utilidades. De aquí la prohibición del Código (art. 394) de un seguro doble en tal caso y la obligación que impone al asegurado de dar cuenta al asegurador de la existencia de los otros seguros (art. 393, inc. 1), disponiendo, además, que los «efectos asegurados por todo su valor no podrán serlo por segunda vez, mientras subsista el primer seguro» (art. 384).

El *coaseguro* supone también más de un asegurador. Pero a diferencia del seguro múltiple, en el que se considera la posibilidad de asegurar por un valor excesivo porque son varios contratos, en el coaseguro el riesgo se divide entre varios aseguradores, que convienen en concurrir para pagar la indemnización dividiéndose la suma correspondiente que será asumida en forma parcial por cada uno de ellos. A este efecto, unas veces se suscribe una sola póliza, en la que intervienen todos los aseguradores, y en otras se celebran tantos contratos como aseguradores, cada uno con la póliza correspondiente. A esta figura se le denomina concurso de pólizas y a sus efectos se refiere el art. 395 del código, en su primera parte.

9. REASEGURO

El *reaseguro* no es un contrato que esté legislado en el Código de Comercio, al que hace una simple alusión en el art. 395. Se trata de una figura en virtud de la cual el asegurador descarta los riesgos que asume frente a sus asegurados, asegurándose, a su vez, para satisfacer las indemnizaciones que debe pagar, llegado el caso. De este modo es asegurador frente a los asegurados y es asegurado respecto al reasegurador. Si bien mediante este contrato se aumenta la garantía para los asegurados respecto al pago de la indemnización, entre ellos y el asegurador no existe vínculo alguno. No están, pues, facultados a exigir a los reaseguradores el pago por los daños sufridos. Pagado el importe correspondiente por la compañía aseguradora, ésta reclamará, a su vez, el pago a su reasegurador. Los contratos funcionan en forma autónoma y separada.

La Ley Nº 26702, en su artículo 323, dispone que las empresas de seguros pueden contratar libremente reaseguros en el país o en el extranjero, sujetándose a las regulaciones que dicte la Superintendencia de Banca y Seguros. Este mismo organismo debe establecer el porcentaje mínimo de los riesgos catastróficos que deben ser reasegurados en el exterior. Por otra parte, deberá llevar un registro de empresas extranjeras de reaseguros, estableciendo el art. 324 los requisitos que la empresa interesada deberá cumplir.

La referencia del código a la cesión del seguro, figura distinta al reaseguro, autoriza al asegurador a ceder a otros aseguradores parte o partes del seguro, pero queda obligado directa y exclusivamente con el asegurado.

El código establece (tercera parte del art. 395) que, en los casos de cesión de parte del seguro o de reaseguro, los cesionarios que reciban la parte proporcional de la prima quedarán obligados, respecto al primer asegurador, a concurrir en igual proporción a la indemnización, asumiendo la responsabilidad de los arreglos, transacciones y pactos en que convinieron el asegurado y el principal o primer asegurador.

Las formas del reaseguro son variadas. El reasegurador puede reasegurar en forma singular determinado contrato cuando considere la gravedad del riesgo que asume. Puede reasegurarse una rama especial de riesgos, como sería, por ejemplo, todos los riesgos de incendio; o todos los riesgos asumidos por la compañía aseguradora. Puede ser el seguro de cuota o participación, cuando el reasegurador participa en determinado porcentaje en los riesgos asumidos por la entidad aseguradora cedente y, en caso de siniestro, indemnizar en la correspondiente proporción; o puede ser seguro de excedentes, en los que la compañía reaseguradora fija la suma máxima de la responsabilidad que quiere asumir en cada operación de seguro directo y cede el resto o exceso al reasegurador.

10. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO

La obligación principal del asegurado es pagar la prima. Esta obligación está establecida en diversos artículos del código 375, 378, inc. 5, 383, 384, 416). En cuanto a la forma de pago, total o parcial, las partes pueden convenirla, así como el lugar y modo.

El Código confiere acción ejecutiva para el cobro de las primas vencidas (arts. 384 y 422) y reconoce al asegurador, en los seguros contra daños en las cosas, un privilegio sobre ellas (art. 398).

El asegurado no está obligado al pago de las primeras si el seguro ha sido tomado por persona distinta de él, como es el caso del seguro por cuenta de quien corresponda y de algunos seguros de vida, casos en los cuales la obligación corresponde al tomador del seguro (arts. 415 y 416).

Otras obligaciones del asegurado están dirigidas a la observancia de determinada conducta que ha de incidir en los efectos del contrato. Algunas de ellas se le imponen con anterioridad a la realización del siniestro y aun antes de la celebración del contrato; otras, después de ocurrido el evento.

Entre las anteriores al siniestro está la de contestar con veracidad a las preguntas contenidas en el formulario-propuesta presentado al asegurado para la concertación del contrato (art. 376, incs. 2 y 3); la de declarar los demás seguros que celebre sobre los mismos riesgos e intereses, así como las modificaciones que sufran dichos seguros (arts. 393 y 397), de los cambios y alteraciones en calidad que hayan sufrido los efectos asegurados y que aumenten los riesgos (art. 393, inc. 3), de las novaciones que se introduzcan en el contrato (arts. 379, 396 y 397).

Entre las obligaciones del asegurado *después de ocurrido el siniestro*, están la de comunicarlo inmediatamente al asegurador (art. 399); tomar todas las medidas posibles para disminuir los efectos del siniestro, con cuyo fin el Código establece (art. 383) que el seguro comprende los gastos que ocasionen tales medidas; la de justificar el daño sufrido, probando la pre-existencia de los efectos antes del incendio (art. 400).

11. OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

La principal obligación del asegurador es pagar la indemnización pactada en el contrato cuando se produzca el evento dañoso previsto.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 25 de mayo de 1925, ha resuelto que cuando en el contrato de seguro que registra la respectiva póliza no se específica claramente la excepción que elimina legalmente la responsabilidad por parte de la compañía aseguradora, ésta debe cubrir la indemnización pactada, pues, en ese evento se considera la cláusula general de la responsabilidad del asegurador, comprensiva del caso planteado por el asegurado en la demanda para el cobro del valor del siniestro *(El Diario Judicial)*.

La Ejecutoria de la Corte Suprema, de 28 de diciembre de 1977, resolvió que si el seguro contratado sólo cubre los siniestros que ocurren cuando el vehículo es usado para fines particulares, la aseguradora no es responsable de los daños ocasionados cuando está destinado al servicio público (Exp. Nº 1101-77 Junín. *RJP*, Nº 408, p. 39).

En algunos casos, el evento es contingente, como ocurre en el seguro de incendio, de transporte, de naufragio; en otros, es necesario, como en el caso de muerte, pero se ignora el momento en que pueda producirse (*incertus quando*).

A lo expresado respecto al *seguro pleno*, al *sobreseguro* y al *infraseguro*, cabría añadir que nada se opone a que las partes establezcan la obligación del asegurador de resarcir todo el daño hasta el límite de la suma asegurada, a cambio de un aumento de la prima; o que se valorice con carácter inmutable el valor del interés asegurado y ajustar a ese valor la suma asegurada.

El pago requiere, por regla general, de valoración para determinar en qué medida afecta directamente el patrimonio del asegurado, como es en el caso de daños provenientes de un incendio, o cuando se trata de una pérdida indirecta, cómo serían gastos de enfermedad, o si se trata de la frustración de un beneficio esperado.

La valoración debe ser real u objetiva, al momento anterior al siniestro, fijándose por peritos en la forma establecida en la póliza o por convenio que celebren las partes o, en su defecto, judicialmente (art. 401). En caso de valoración pericial, los peritos decidirán sobre las causas del daño, sobre el valor de los objetos asegurados el día del siniestro y sobre el valor de los residuos (art. 402). La decisión de los peritos será título ejecutivo contra el asegurado si fuese dada ante notario o previo reconocimiento judicial (art. 405). Pero esta fuerza ejecutiva parece estar enervada por lo dispuesto en el art. 404, que sujeta a la decisión del asegurador el pago de la indemnización fijada por los peritos en los diez días siguientes a su decisión, sin que se indique, de otro lado, que el documento en mención debía ir acompañado por la póliza de seguro.

La Corte Suprema ha resuelto que el pago de una póliza de seguro está reglado por las disposiciones de la misma (Ej. de 28 de agosto de 1933. Cuaderno Nº 890-1932. *AJ*, 1933, p. 196). Asimismo, que prosperará la demanda contra una compañía de seguros sobre el pago de premios cuando se acredita el abono de las cuotas con la aceptación de la compañía, aun cuando hubiera mora en ese pago (Ejecutoria Suprema de 25 de junio de 1945, Causa Nº 230-1945. Lima. *R. de los T*, 1945, p. 185).

La indemnización consiste, normalmente, en el pago de una cantidad de dinero, pero, en el caso de seguro contra incendios, el art. 406 concede al asegurador el derecho de elegir entre la indemnización en metálico, la reparación, reedificación o reemplazo de los objetos asegurados y destruidos por el siniestro.

Pagada la indemnización por el asegurador en los seguros de intereses, éste se subroga en los derechos y acciones del asegurado contra los autores responsables

del siniestro (art. 408). Este es un caso de subrogación legal que facilita al asegurador reembolsarse accionando contra el causante del daño.

La Corte Suprema ha sentenciado: a) que es competente, para conocer de la demanda sobre el pago de un seguro, el Juez del lugar donde está la cosa asegurada y donde ocurre el riesgo (Ejecutoria Suprema de 7 de setiembre de 1928. *AJ*, 1929, p. 182); b) que la demanda por cobro del seguro puede dirigirse contra los agentes que representan a la Compañía aseguradora en el lugar donde debe cumplirse la obligación, siendo, en consecuencia, Juez competente para conocer de la causa, el del domicilio de dichos agentes (Ejecutoria Suprema de la misma fecha, *R. del F.*, Año XV, p. 110 y *AJ*, p. 182); c) que la acción sobre cobro de seguro debe interponerse en el lugar señalado en la póliza para su pago (Ejecutoria Suprema de 8 de agosto de 1932. *R. de los T.*, 1933, p. 281); y d) que los contratos de seguros celebrados con compañías extranjeras por intermedio de sus agentes obligan a éstos en caso de siniestro (Ejecutoria Suprema de 28 de agosto de 1933. Cuaderno Nº 890-1932. *AJ*, 1933, p. 265).

12. RESCISIÓN DEL CONTRATO

Como todo contrato, el seguro está sometido a las reglas del Derecho Civil en cuanto a las circunstancias mencionadas en el art. 50 del C. de C., entre las que se encuentran algunas que inciden sobre la validez del contrato, originando su nulidad, anulabilidad y rescisión.

Como es sabido, estos últimos supuestos no son iguales, no obstante, lo cual el Código de Comercio emplea los términos «rescisión» y «nulidad» referidos al seguro de incendio, en forma que puede originar confusión. Así ocurre en los arts. 384, 386, 387, 396 y 397.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 7 de enero de 1928, ha resuelto que la nulidad del contrato de seguro por vicios en el consentimiento lleva invívita la devolución de las primas pagadas por el asegurado (Causa. Nº 504-1926. *AJ*, 1927, p. 452).

La primera indicación que cabe formular es que, tratándose de un contrato bilateral, el incumplimiento de las prestaciones por cualquiera de las partes origina la rescisión del contrato. Tratándose del asegurado, el cumplimiento se produciría, en primer lugar, si no cumple con pagar la prima de acuerdo a lo convenido (art. 384).

La Corte Suprema ha establecido: a) que no caducan ni se anulan las pólizas de seguro de vida por la falta de pago de los premios si esa falta es imputable a la compañía aseguradora (Ejecutoria de 16 de Octubre de 1912. *AJ*, p. 159); b) la omisión del abono de los premios del seguro cuando hay plazos fijados y se ha vencido el de gracia, dentro del cual pudo haberse cumplido la obligación, produce la caducidad de toda la póliza del seguro (Ejecutoria de 8 de abril de 1926, *La Prensa*); c) que el asegurado que demore el pago de la prima convenida no tendrá derecho a reclamar el importe del seguro, si sobreviene el siniestro estando en descubierto (Ejecutoria de 13 de julio de 1932. Causa. Nº 79-1932. Lima. *Rev. de los T.*, 1932, p. 192); d) que caduca la póliza si fallece el asegurado sin haberse pagado

íntegramente la prima adelantada convenida (Ejecutoria de 7 de mayo de 1938. *R. del F*, p. 250); e) que siendo condición para que una compañía de seguros pague la indemnización por accidente individual que la póliza esté en vigor, o sea al día en el pago de las primas, y no habiendo cumplido con este pago en la debida oportunidad, el beneficiario pierde el derecho a percibir el pago (Ejecutoria de 16 de noviembre de 1949. Causa Nº 694-49. Lima. *RJP*, Nº 71, p. 924).

Lo mismo ocurre si el asegurado no da cuenta al asegurador de los objetos asegurados, así como de la celebración de otros contratos sobre el mismo interés asegurado, o de las modificaciones de los seguros expresados en la póliza (art. 393), porque esto supone una agravación de los riesgos asumidos por el asegurador. Asimismo, por la situación o traspaso de los efectos, si el objeto asegurado fuese inmueble, fábrica o tienda (art. 396, segunda parte), se autoriza al asegurador a pedir la rescisión. No menciona el Código si el asegurado puede pedir la rescisión en los casos en que resulte acreditado verosímilmente que el asegurador no está en condiciones de abonar la indemnización pactada.

Debe advertirse que la nulidad entendida en el sentido del Código Civil, o sea, que las cosas vuelven a su estado anterior al contrato como si éste no hubiera existido, no es posible en el contrato de seguro por ser un contrato de tracto sucesivo. No es indiferente al contrato el tiempo transcurrido, pues el riesgo corrido durante ese lapso no puede ser suprimido, y eso ha generado la obligación del pago de la prima, y todo ello es irreversible. Por eso tampoco procede la rescisión con todos sus efectos. No sería justo que el asegurador tuviera que restituir las sumas percibidas, pues durante el tiempo en que estuvo vigente el contrato las primas eran la contraprestación de un riesgo efectivamente corrido. De este modo, cuando el Código alude a rescisión y nulidad quiere significar la disolución del contrato con efectos únicamente para el futuro.

La causa de rescisión que favorece al asegurador es la expresión de demora en el pago de la prima (art. 384). Igualmente, la *alteración, transformación, sustitución de los objetos asegurados que impliquen agravación del riesgo.* Estas causas determinan que el asegurador no quede obligado a pagar la indemnización, aunque no haya mediado por su parte ninguna previa declaración de denuncia contractual, pero estará obligado a restituir las primas percibidas desde la fecha en que se considera disuelto el contrato. Asimismo, la venta o traspaso de los efectos, si el objeto fuese inmueble, fábrica o tienda, da derecho al asegurador para rescindir el contrato, según se ha visto. Esto es así porque el contrato es personal, aunque recaiga sobre cosas y, por lo tanto, el asegurador puede ignorar las condiciones personales del nuevo propietario, quien por su conducta puede agravar los riesgos. *La muerte, la quiebra del asegurado, la liquidación de sus bienes*, no anulan el seguro si el objeto asegurado fuese inmueble (art. 396, primera parte), pero originan la rescisión porque sería injusto que el asegurador continuara obligado no obstante que la contraparte no está en condiciones de pagar la prima.

Tratándose del asegurado, la quiebra de la compañía aseguradora, aunque no está señalada en el Código de Comercio, se justifica, pues como en el caso de quiebra del asegurador, resultaría el quebrado sujeto a un contrato, no obstante la evidencia de que el asegurador no podrá cumplirlo. Sin embargo, debe advertirse que las compañías aseguradoras están sujetas a la supervigilancia de la Superintendencia de Banca y Seguros, y es esta entidad la que dictará las normas pertinentes a la liquidación de la compañía.

La Ley Nº 26702, en su art. 330, se refiere a la causal de resolución automática del contrato, estableciendo que la mora en el pago total o parcial de la prima podrá ser causal de resolución automática del contrato, a opción de la empresa del sistema de seguros, tratándose de seguros por un plazo mayor a un año. En este caso, el seguro se entenderá cubierto en la parte proporcional de la prima pagada. De no optarse por la resolución automática, la empresa tendrá el derecho de exigir el pago de la prima devengada, más los intereses, gastos e impuestos originados por la expedición de la póliza en la vía ejecutiva. La ley añade que es nulo todo pacto en contrario a lo dispuesto en este artículo.

CAPÍTULO IX
CONTRATO DE SEGURO CONTRA INCENDIO

1. Concepto. 2. Vigencia del seguro y pago de la prima. 3. Liquidación y pago del siniestro. 4. Forma y efectos del pago. 5. Derecho de subrogación del asegurador. 6. Casos especiales de invalidez del contrato.

1. CONCEPTO

Es un seguro de interés sobre las cosas, en virtud del cual el asegurador se obliga a indemnizar los daños y pérdidas materiales causados por la acción del fuego y por las consecuencias inevitables del siniestro (art. 388).

Se entiende por incendio el hecho de que las cosas se reduzcan a brasas, o se quemen en condiciones anormales, sea porque no era su destino sufrir esas pérdidas, sea porque el hecho se produjo fuera del lugar o del tiempo previstos.

Las cosas aseguradas sólo pueden ser los objetos muebles o inmuebles que pueden ser destruidos o deteriorados por el fuego (art. 381). Empero, hay cosas que siendo de estas condiciones están exceptuadas del seguro normal, bien porque es difícil comprobar su preexistencia, como son los títulos valores, o porque su valor es muy alto, como las piedras y metales preciosos y los objetos artísticos. Excepcionalmente pueden ser asegurados, pero serán materia de pacto expreso, determinando en las pólizas su valor y circunstancia (art. 382).

Riesgos excluidos del incendio, no obstante que las cosas pueden perderse por acción del fuego, son algunos casos que tienen el carácter de catástrofe, como ocurre en las guerras, tumultos populares, los producidos por erupciones volcánicas y temblores de tierra. Estos se reputan riesgos extraordinarios, que sólo por pacto especial se incluyen en el seguro de incendio (art. 391, segunda parte).

Quedan comprendidas en este seguro las consecuencias del incendio que provenga de accidentes meteorológicos, explosiones de gas o aparatos de vapor, en relación a los cuales se hubiere celebrado el respectivo seguro, salvo pacto en contrario (art. 389).

Quedan exceptuados los perjuicios causados por el incendio, o sea, el lucro cesante, como serían los casos que a manera de ejemplo señala el art. 390, salvo, también, pacto en contrario. Esta norma tiene utilidad pues despeja las dudas que pudieran suscitarse respecto a la determinación de hasta dónde deben entenderse comprendidos «los daños y pérdidas materiales causados por la acción directa del fuego», a que se refiere al art. 388. También quedan incluidos como riesgo los actos de terceros, o la negligencia propia del asegurado o de las personas de las cuales responda civilmente, pero no los de incendio ocasionado por acción criminal del asegurado (art. 391), porque ello supone el dolo, que en ningún caso puede generar derechos a favor de quien incurra en él, sino más bien obligaciones y responsabilidades que configuran delito previsto y penado en el Código Penal (art. 273 C.P.). Es de advertir al respecto que, mientras el Código de Comercio considera indemnizables los daños sufridos en el incendio debido a negligencia del asegurado, el Código Penal (art. 278) impone, al que causare un incendio, pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y, desde luego, quedará obligado a la reparación civil.

Parecería, pues, contradictorio que mientras por un lado se reconoce como derecho al asegurado el reclamar la indemnización por el incendio que él ocasionó por negligencia, se le considere, de otro lado, como autor de delito.

2. VIGENCIA DEL SEGURO Y PAGO DE LA PRIMA

El seguro se conviene por un lapso determinado, previsto en la póliza y sólo surte efecto, a tenor del art. 383, desde que el asegurador ha percibido la prima única convenida o los pagos parciales en los plazos que se hubiese fijado. La prima se pagará por adelantado y por el pago la hace suya el asegurador, cualquiera que sea la duración del seguro (segunda parte del art. 383). La demora en el pago confiere al asegurador el derecho de rescindir el contrato dentro de las cuarenta y ocho horas, comunicándolo al asegurado, o de demandar ejecutivamente el pago que corresponde (art. 384).

Las pólizas contienen cláusulas en virtud de las cuales el monto de la prima puede ser aumentado o reducido si, durante la vigencia del seguro, se producen agravaciones o disminuciones del riesgo.

Garantizan el pago de la prima los bienes muebles objetos del seguro, con preferencia a cualesquiera otros créditos vencidos; y, en cuanto a los inmuebles, se tendrán en cuenta las disposiciones referentes al Registro Público respectivo (art. 398).

3. LIQUIDACIÓN Y PAGO DEL SINIESTRO

Producido el incendio, el asegurado debe comunicarlo inmediatamente al asegurador y formular una declaración que el Código de Comercio indica debe ser hecha ante el Juez de Paz, a efecto de señalar los objetos existentes al tiempo del siniestro, de los efectos salvados, así como del importe estimado de las pérdidas sufridas (art. 399). La declaración en referencia se efectúa ante las autoridades de policía, que son las que intervienen tan pronto ocurre el siniestro.

Para el efecto del pago, el asegurado debe previamente probar la preexistencia de los objetos antes del incendio, pues teniendo el contrato un carácter indemnizatorio así se justifica el pago. No habría que indemnizar si no han preexistido los objetos asegurados.

> La Corte Suprema ha resuelto que para el cobro del seguro es indispensable que el reclamante acredite la preexistencia de los objetos asegurados (Ejecutoria de 12 de enero de 1926. Cuaderno Nº 352-1925. *AJ*, 192, p. 196). Asimismo, no está expedita la acción ejecutiva para el cobro de los daños emergentes de un siniestro si no se acompaña a la póliza la prueba pericial que haga la valuación de tales daños (Ejecutoria de 5 de octubre de 1953. Exp. Nº 643-53. Lima. *RJP*, Nº 120, p. 86).

Igualmente, como el contrato no tiene por objeto deparar lucro o ganancia al asegurado, el pago sólo debe cubrir el monto de los daños sufridos, lo que obliga a la valuación de las pérdidas, que podrá ser determinada por las partes en la póliza, o conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, a través de peritos (arts. 262 y ss. C.P.C.).

Además de pronunciarse sobre el valor de los objetos antes y después del siniestro, los peritos decidirán sobre las causas del mismo y sobre todo lo que se someta a su consideración (art. 402).

Los gastos que ocasionen la tasación y liquidación serán de cargo, por iguales partes, del asegurador y del asegurado, salvo que éste exagerase en forma manifiesta el daño, caso en el cual será el único responsable de los gastos.

En los casos en que las cosas sean aseguradas por menor valor del que les corresponde (infraseguro), se imputarán las pérdidas y gastos al asegurador y al asegurado en la misma proporción en que están el valor de la cosa y el monto del seguro.

4. FORMAS Y EFECTOS DEL PAGO

El asegurador puede optar, dentro de los diez días establecidos en el art. 404 del Código, por indemnizar el siniestro o reparar o reedificar o reemplazar, según su género y especie, en todo o en parte, los objetos asegurados y destruidos por el incendio, pudiendo, asimismo, adquirir los efectos salvados, siempre que abone el asegurado su valor real, según tasación (arts. 406 y 407).

Al efecto de que la valoración de los daños causados por el incendio no se difiera excesivamente en perjuicio del asegurado, el Decreto Supremo de 27 de abril de 1932 estableció que la valoración deberá quedar terminada en el plazo de sesenta días contados desde la fecha en que el asegurado dé aviso al asegurador de haberse producido el siniestro, salvo el caso que la valuación hubiese sido sometida a la vía judicial o se hubiese abierto instrucción para establecer la causa del siniestro. Vencido el plazo de sesenta días y el de diez días señalado en el art. 404 del Código, el asegurador, a solicitud judicial del asegurado, deberá depositar en el Banco de la Nación, a la orden del Juzgado, el monto evaluado del daño y el interés legal de la cantidad debida desde el vencimiento del término expresado, exceptuándose el caso de que el asegurador haga uso de la opción de reparar, reedificar o reemplazar, según su género o especie, en todo o en parte, los objetos asegurados o destruidos por el incendio.

La Corte Suprema ha resuelto: a) que la valuación de los daños causados por un incendio, practicada sin sujeción a la forma pactada en la respectiva póliza de seguro, no produce mérito ejecutivo (Ejecutoria de 25 de noviembre de 1931. Causa Nº 972-1929. *R. de los T.*, 1929, p. 339); b) que las pólizas contra incendio aparejan ejecución cuando es completa la destrucción de la cosa asegurada, caso en que resulta innecesaria la valuación previa por peritos (Ejecutoria de 23 de junio de 1950, *R. del F.*, p. 535); c) que no está expedita la acción ejecutiva para el cobro de los daños emergentes de un siniestro si no se acompaña a la póliza la prueba pericial que haga la valuación de tales daños (Ejecutoria de 5 de octubre de 1953. Exp. Nº 643-53. Lima. *RJP*, Nº 120, p. 86).

Si la valoración del daño ha sido sometida a decisión judicial, o cuando se ha abierto instrucción para investigar las causas del siniestro, el término de diez días fijado por el art. 404 del C. de C. comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación al asegurador de la resolución judicial ejecutoriada que hace la valuación, o de la que declara exento de responsabilidad al asegurado.

5. DERECHO DE SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR

Pagada la indemnización, el asegurador se subroga en los derechos y acciones del asegurado contra todos los autores o responsables del incendio, lo cual se justifica porque los terceros no tienen por qué quedar libres de responsabilidad y, de otro lado, si el asegurado tuviere derecho a cobrar de ellos la indemnización correspondiente, tendría un beneficio superior al valor de la cosa, lo cual riñe con la naturaleza del contrato de seguro, cuyo destino no es deparar beneficios (art. 408).

La Corte Suprema ha resuelto que solamente tratándose de seguros contra incendios, seguros marítimos y de transporte terrestre, procede la acción subrogatoria, tal como lo disponen los artículos 408, 793 y 428 del Código de Comercio, respectivamente (Ejecutoria de 9 de julio de 1991, Exp. Nº 454-89, Lima, *AJ*, Nº LXXIX, p. 115).

6. CASOS ESPECIALES DE INVALIDEZ DEL CONTRATO

Además de la rescisión por las causas generales ya reseñadas, debe mencionarse los casos a que se refieren los arts. 386, 387, 392 y 393 del C. de C., que están orientados a precisar cuál es el interés asegurado y su valor, así como las circunstancias que contribuyen a aumentar o disminuir el riesgo, ya que es éste un elemento fundamental para medir la prestación que, en su caso, deberá satisfacer el asegurador. No es indiferente, en consecuencia, el género o especie sobre los que se contrató el seguro. Puede ocurrir que respecto a los sustitutos no habría asumido el asegurador el riesgo del contrato. Se trata de uno de los elementos básicos del seguro, pues en función de las circunstancias aludidas el riesgo aumenta o disminuye, lo que, a su yez, influye en la estimación económica del evento y, por tanto, en la fijación de la prima. Si ocurre la sustitución, el contrato se anula desde el momento en que ella se produjo.

Este mismo efecto puede resultar en los casos de alteraciones o transformaciones de los objetos asegurados, sin que en estos actos haya intervenido ninguna de las partes, sino que puede haber ocurrido por caso fortuito o por hecho de tercero. Como en tales supuestos el riesgo es susceptible de aumentar o disminuir, el Código autoriza a cualquiera de las partes a rescindir el contrato.

El lugar en que fueron asegurados los objetos tiene también importancia para la determinación del riesgo, pues el cambio puede originar la rescisión del contrato. No es igual que los objetos o mercancías asegurados se encuentren en un local construido con materiales fácilmente inflamables, o de difícil combustión, o si el local tiene un sistema de alumbrado o kerosene o si tiene instalaciones eléctricas; o si es vecino a lugares que ofrecen peligros de incendio, etc. Los cambios que pudieran producirse al respecto modifican la incidencia del riesgo, los factores que se tuvieron en cuenta para su estimación y para la determinación de la prima, e inclusive pueden decidir respecto a la concertación del contrato.

La rescisión del contrato por el asegurador puede también tener lugar a causa de accidentes ulteriores, después del siniestro, así como cualquier otro contrato que hubiere hecho con el mismo asegurado, dando a éste aviso con quince días de anticipación y devolviéndole la parte de la prima correspondiente al plazo no transcurrido (art. 409).

El hecho que se deje a su arbitrio el rescindir el contrato por las circunstancias indicadas, revela que el legislador considera la influencia que en la celebración del seguro tiene la persona del asegurado y la confianza que en él deposita el asegurador, destacando el carácter personal del contrato y su intrasferibilidad sin el consentimiento del asegurador, aunque se transfiera la cosa asegurada. Esto quiere decir que la venta de los efectos asegurados no origina la transferencia del seguro si el asegurador no consiente, salvo, desde luego, los casos especiales

como la venta CIF, caso en el cual, de antemano, el asegurador ya ha consentido en dicha transferencia, conjuntamente con los objetos vendidos.

El contrato tiene, pues, carácter personal, aunque verse sobre cosas o se trate de seguro de intereses; o sea, que el seguro no es persecutorio de la cosa, como en el caso de los derechos reales, sino en cuanto a la relación que el objeto tiene respecto de las personas.

CAPÍTULO X
CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA

1. Concepto y clases del contrato. 2. Los elementos personales. 3. El beneficiario y los herederos del asegurado. 4. El beneficiario y los acreedores del asegurado. 5. La prima. 6. Rescate de la póliza. 7. El riesgo en el seguro de vida. 8. La indemnización. 9. Efectos del contrato. 10. La póliza.

1. CONCEPTO Y CLASES DEL CONTRATO

Dentro de la clasificación de los contratos de seguros, el que versa sobre la vida corresponde a los seguros de personas. Su objeto no es, como en el caso del seguro de cosas o de interés, cubrir una necesidad concreta por cuya entidad se valore la prestación del asegurado. En el seguro de vida, el asegurador se obliga a pagar una suma determinada que no tiene por qué tomar en cuenta el monto de necesidad patrimonial que puede afectar a quien ha de recibir la cantidad asegurada. Se trata en este caso de un seguro de previsión y no de indemnización.

Por este contrato se procura, mediante el pago de la prima, obtener un premio o capital, o una renta, que beneficiará al propio asegurado, a un tercero, o a sus herederos, en el caso que ocurra un hecho que afecte al asegurado en su vida, su salud o por el simple transcurso del tiempo. El art. 411 del C. de C. hace referencia a estas circunstancias, agregando, además, que puede pactarse cualesquiera otras combinaciones semejantes o análogas. De aquí que los contratos referentes a la vida hayan adoptado múltiples modalidades, que se clasifican, fundamentalmente, en dos grandes sectores: *seguro para el caso de muerte* y *seguro para el caso de vida*.

En el *seguro para el caso de muerte*, el hecho que se produzca este evento es determinante de la prestación del asegurador. En esta clase de seguro el riesgo, que es la muerte, no es un acontecimiento incierto en cuanto a su acaecimiento, pero sí en cuanto a su oportunidad, lo que destaca la diferencia con los seguros de cosas o de intereses. El riesgo que asume el asegurador consiste en tener que pagar la suma asegurada cuando aún no ha percibido el número suficiente de primas para cubrirla. Por esto es que en esta clase de seguros tienen gran importancia los informes sobre la salud del asegurado, su edad, la índole de sus ocupaciones, el medio en que vive, sus condiciones de salubridad, sus hábitos de vida, etc., y, principalmente, lo que establezca el certificado médico; elementos que forman parte de los antecedentes del contrato y que son materia de las solicitudes que se presentan al asegurador antes de su formalización. Respecto a estos datos, el eventual asegurado debe cumplir la obligación de expresarse con veracidad y exactitud.

En *el seguro para el caso de vida*, el hecho determinante de la prestación del asegurador es la sobrevivencia del asegurado más allá de determinado hecho o acontecimiento. Como se trata de un hecho incierto, también es incierta la prestación del asegurador, como ocurre en el seguro contra daños. El riesgo reside no en la muerte prematura sino en la supervivencia.

El seguro mixto es una combinación de las dos formas anteriores que autoriza el Código (art. 411). En este caso, el asegurador se compromete a pagar la suma asegurada si el asegurado alcanza una edad determinada, o si fallece antes de esa fecha, por lo que la prima será calculada en función de ambos riesgos.

Otras variantes del seguro para el caso de muerte son: a) *el seguro de vida entera*, en que el asegurador se obliga a pagar la suma estipulada a los beneficiarios, cuando ocurre el fallecimiento del asegurado en cualquier época; b) el *seguro temporal*, en el que la obligación de pagar la suma asegurada sólo surge cuando el asegurado fallece dentro de determinado período, quedando liberado el asegurador si el asegurado vive después de la expiración del término previsto.

Para el caso de *sobrevivencia*, el seguro puede ser: *a) de capital diferido*, si el asegurador se obliga a pagar determinada suma si el asegurado o alguno de los asegurados está vivo en cierta fecha; y *b) seguro de renta*, cuando el asegurador se obliga a pagar una renta en vez de un capital.

El seguro mixto puede ser: *a) ordinario*, que es el que se ha mencionado; y *b) a término fijo*, en el que el asegurador se obliga al pago de un capital a una fecha determinada, sea al propio asegurado, si entonces viviera, o a los beneficios, pero sin obligación de pagar el premio si el asegurado fallece antes del término.

2. LOS ELEMENTOS PERSONALES

Como en todo contrato de seguro, los elementos personales son el *asegurador* y el *asegurado*, pero pueden intervenir, además, otras personas, como el *estipulante* y el *beneficiario*.

El *asegurador* es, como en toda otra clase de seguros, la compañía que asume la obligación de pagar la cantidad convenida al producirse el riesgo.

El *asegurado* es la persona sobre cuya vida o en cabeza de quien se contrata el seguro, o sea aquel cuya muerte o sobrevivencia obliga al asegurador a satisfacer el capital o renta asegurados. El asegurado puede ser *una persona* o *varias* (art. 413).

Puede ser asegurado cualquier persona con capacidad para celebrar el contrato. Empero, normalmente, se limita esta posibilidad por razón de edad, excluyéndose a quienes exceden de ciertos límites, pues con el transcurso de los años aumentan las posibilidades de muerte. Se trata en estos casos de las personas a quienes se reputa inasegurables, lo que también ocurre en razón de padecimiento de cierta clase de enfermedades. Por esto es que el certificado médico reviste singular importancia en la celebración del contrato de seguro sobre la vida. Es verdad que existen formas de seguros que cubren aun este riesgo extraordinario, pero están sujetas a consideraciones especiales en referencia al monto de la prima, calculadas sobre tablas rigurosas de riesgos subnormales.

El *estipulante* es quien celebra el contrato, pero no como asegurado, sino en favor de una tercera persona, que debe ser identificada al contratarse, asumiendo el estipulante, que viene a resultar así el contratante, la obligación de cumplir las condiciones del contrato (arts. 414 y 415). El asegurado en este caso no es ni parte contratante, ni queda obligado en forma alguna; es solamente el portador del riesgo, a quien en la póliza puede, no obstante, reconocérsele el derecho de exigir del asegurador el cumplimiento del contrato (art. 416).

El *beneficiario* es la persona en favor de quien se contrata el seguro o que ha de recibir en la oportunidad prevista el capital o renta convenidos. Puede ser el propio asegurado si sobrevive, o un tercero, designado por éste, o los herederos de aquél, casos estos dos últimos de seguro para el caso de muerte. Cuando se designa a un tercero como beneficiario, se habla de *seguro de vida a favor de tercero.*

La posición jurídica del beneficiario, cuando es un tercero y no el propio asegurado, tiene semejanza con la figura de la estipulación en favor de tercero, pudiendo reputarse como una forma especial de ésta. El asegurador, al recibir las primas del asegurado, se obliga directamente frente al tercero designado en el contrato, y que no es parte en él, a abonarle el capital convenido cuando ocurra la muerte del asegurado. El tercero puede rehusar la estipulación que lo beneficia, caso en el cual el monto del seguro pasará a los herederos del asegurado, al igual que en el caso en que éste no hubiere hecho designación de beneficiario.

El Código de Comercio (art. 414) designa con impropiedad al beneficiario como «donatario», reputando el acto como una donación *mortis causa*, lo que no

es admisible, pues el donante por causa de muerte dispone de bienes que constituyen su patrimonio al momento de su fallecimiento, mientras que el asegurado dispone de bienes que no han entrado en su patrimonio, además de que, si se reputara el capital asegurado como parte integrante de la herencia del estipulante, el beneficiario sólo cobraría como legatario después de pagados los acreedores del causante.

El *beneficiario* debe ser designado en forma indubitable (art. 414). Le corresponde el derecho a reclamar el capital asegurado, quedando libre de toda obligación respecto al asegurador y adquiriendo, no obstante, los derechos establecidos en la póliza.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 21 de octubre de 1915, ha resuelto que sólo la persona a cuyo favor se otorgó la póliza de seguro sobre la vida como la única y legítima beneficiaria puede transferirla. La obligación de pagar las cuotas a la compañía aseguradora corresponde a la persona que aseguró a una tercera; la beneficiada no está por consiguiente obligada a reintegrar el valor de esas cuotas al que tomó el seguro o al que las haya abonado por cuenta de éste (*Rev. del F.*, 1916, p. 388).

La designación de beneficiario no está sujeta a su consentimiento, de donde resulta que adquiere un derecho propio, no derivando del estipulante, quien por tal razón no resulta su *de cujus*, aunque su derecho está sometido a la muerte del asegurado, lo que funciona como condición suspensiva.

> La Corte Suprema ha resuelto: a) que no forma parte del acervo hereditario el capital pagadero por causa de fallecimiento del asegurado y que las cantidades que el asegurador debe entregar en cumplimiento del contrato, con propiedad de la persona beneficiaria (Ejecutoria Suprema de 21 de octubre de 1915. Cuaderno Nº 462-1914. *AJ.*, 1915, p. 215); b) que el importe de una póliza de seguro que no contiene designación de beneficiario, constituye bien de la sociedad conyugal y se halla sujeto a las reglas de la herencia (Ejecutoria Suprema de 26 de agosto de 1935. *R. del F.*, 1935. p. 690); c) que no está incluido en la masa partible el importe de un seguro de vida, por más que el beneficiario tenga la condición de heredero del asegurado. Sólo son colacionables las primas pagadas al asegurador (Ejecutoria Suprema de 8 de junio de 1948. *RJP.* Nº 60-61, p. 198).

3. EL BENEFICIARIO Y LOS HEREDEROS DEL ASEGURADO

El beneficiario puede ser una o varias personas, reconociéndose en las pólizas *el derecho del asegurado de cambiar el beneficiario* mediante comunicación pasada al asegurador, estableciéndose que el cambio no surtirá efecto para éste sino desde que ha recibido la referida comunicación.

Los *herederos del asegurado* pueden ser designados beneficiarios, lo que suscita divergencias en cuanto a establecer si ellos adquieren un derecho propio sobre el capital asegurado, indemne a las reclamaciones de los acreedores de éste, o si debe considerarse que rige el principio de la continuidad sucesoral a título de

herencia. La mayor parte de la doctrina se decide por la primera solución, salvo siempre el derecho de colación y de reducción de donaciones inoficiosas.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 17 de noviembre de 1969, ha resuelto que, conforme al Código de Comercio, son beneficiarios del seguro de vida las personas designadas en la póliza respectiva, y no los herederos del asegurado (Exp. Nº 516-96. Lima. *RJP*, Nº 312, p. 109).

Si la designación se hace en favor del cónyuge, conforme al C.C. (art. 302 inc. 4), debe reputarse como bien propio lo que reciba como capital del seguro deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.

La circunstancia de que por fallecimiento de una persona se produce la sucesión en sus bienes y, al mismo tiempo, se dé por cumplida la condición para que se haga efectivo el derecho del beneficiario, obliga a considerar los efectos de ese acaecimiento en relación con éste y los herederos, a fin de esclarecer la posición que corresponde a unos y otros en relación con el seguro.

El art. 419 del C. de C. establece que las cantidades que el asegurador debe entregar a la persona asegurada en cumplimiento del contrato, será de propiedad de ésta, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del que hubiere hecho el seguro «a favor de aquélla».

Como puede advertirse, el código, cuando menciona a la «persona asegurada», se quiere referir a aquel «a favor» de quien se ha tomado el seguro, o sea, el beneficiario.

De este modo no forma parte del acervo hereditario el capital pagadero al beneficiario, sea éste un tercero o un heredero del asegurado. Así resulta de lo dispuesto en el art. 838 del C.C., que declara no ser colacionable el importe del seguro constituido en favor del heredero, pero sí lo son las primas pagadas al asegurador. Lo primero se explica en razón de lo expresado, de no ser el contrato de seguro una forma de sucesión, sino que crea un derecho autónomo en favor del beneficiario; lo segundo, porque las primas han sido detraídas del patrimonio del asegurado, que puede, mediante este procedimiento, disminuir notablemente su patrimonio, abusando del derecho de disponer de sus bienes para otorgar un beneficio muy cuantioso a alguno o algunos de sus herederos.

4. EL BENEFICIARIO Y LOS ACREEDORES DEL ASEGURADO

La misma sustantividad del derecho del beneficiario se refleja en las relaciones con los acreedores del asegurado, en el sentido de que éstos no tienen acción respecto de aquél por las deudas que con ellos hubiere tenido el asegurado, cualquiera que sea la clase de tales deudas comunes o privilegiadas (art. 419). El capital asegurado en beneficio de un tercero no responde de las deudas del que contrató el seguro. De este modo, en caso de quiebra del asegurado, el beneficiario

cobrará íntegro el capital del seguro porque ya no pertenecía el quebrado, pero los acreedores sí pueden reclamar el importe de las primas pagadas, ejecutando la acción pauliana o planteando las acciones impugnatorias propias de la quiebra, si el contratante del seguro abonó las primas en fraude de sus derechos. Esta será la medida de la reducción del seguro, a que se refiere el art. 420 del C. de C.

5. LA PRIMA

Se ha visto que los elementos reales de todo seguro son la prima, la indemnización y el riesgo.

Para determinar el monto de la prima en el seguro de vida, los aseguradores, como en el caso de los demás seguros, acuden a las estadísticas y a los cálculos actuariales. En este caso, las estadísticas son las llamadas tablas de mortalidad, que toman en cuenta la frecuencia de la muerte en relación con la edad de las personas y, adicionalmente, con otros factores, como la clase de ocupación, condiciones de vida y de ambiente, etc., que permite a los aseguradores compulsar el riesgo que asumen y que, necesariamente, aumenta a medida que transcurre el tiempo del seguro y se acerca la muerte del asegurado, o aumenta la edad, o se acerca la fecha prevista para el pago de la renta o del capital asegurado.

Como la prima es uniforme y constante por toda la duración del seguro, se calcula para que en los primeros años el seguro cubra con exceso el riesgo corrido, de modo que los excedentes de prima debidamente capitalizados e invertidos, cubran más adelante el defecto de prima que se producirá en el futuro al aumentar el riesgo. Los excesos en referencia van formando la llamada «reserva matemática» de cada contrato.

Las primas deben ser pagadas por adelantado y por períodos anuales, pero se permite generalmente el pago fraccionado por períodos más cortos, con todos los efectos del pago completo.

El incumplimiento en el pago de la prima determina, según práctica contractual, la rescisión del contrato, o la reducción del capital, según el caso, sin que el contratante pueda ser compelido al pago, como ocurre en los demás contratos bilaterales. Se trata de una concesión en favor del asegurado para que pueda apartarse en cualquier momento del seguro, liberándolo de la obligación de pagar las primas hasta su fallecimiento, o hasta el término del contrato.

La reducción del capital asegurado, o la reducción de la póliza, tiene lugar cuando habiendo sido pagadas determinadas primas anuales, la falta de pago de las restantes no origina la rescisión del contrato, el cual continúa en vigor aunque por menor cantidad en relación con la tabla de valores de reducción que se insertan en las pólizas y que se basan en el cálculo de las reservas matemáticas. De este modo, las primas pagadas que estuvieron calculadas para formar parte de

la cobertura del riesgo por todo el tiempo de duración del contrato por la suma inicialmente convenida, cubren el riesgo corrido y el futuro, pero este último en menor cantidad.

La reducción sólo tiene lugar, como puede advertirse, en el seguro para el caso de muerte y en los seguros mixtos o combinados de vida y muerte, pero no en los seguros temporales ni de sobrevivencia.

La *rehabilitación de la póliza*, o sea, su restablecimiento en las condiciones iniciales, es un derecho que conceden al contratante las pólizas a condición de que pague las primas vencidas, con sus intereses, dentro del plazo estipulado al celebrarse el contrato.

6. RESCATE DE LA PÓLIZA

Es la facultad que se concede en las pólizas al asegurado de denunciar el contrato, poniéndole fin, mediante la comunicación que debe pasar el asegurador, percibiendo de éste el importe de la reserva matemática de dicho contrato. Si posteriormente al aviso, y antes de ser pagado el valor del rescate, se produce el siniestro, el asegurador sólo estará obligado a pagar ese valor y no la suma asegurada.

Como puede suponerse, el valor del rescate va aumentando en el tiempo, incluso cuando el contrato va entrando en su fase final, o sea, cuando el importe de la prima es inferior al que corresponde al afectivo riesgo de muerte.

Los anticipos sobre las pólizas son una práctica normalmente convenida en cuya virtud los aseguradores conceden adelantos a cuenta de la suma asegurada hasta determinada cantidad del valor del rescate que corresponda a la póliza en el momento del anticipo y que tienen la condición de pagos parciales.

7. EL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

Este elemento del contrato tiene la característica de que lo incierto no es el hecho mismo, sino la época de su acaecimiento. *En el contrato de seguro para el caso de muerte*, es ésta en sentido biológico lo que determina la obligación del asegurador de satisfacer el capital asegurado. Pero, es equiparable para el efecto el caso del ausente cuando han transcurrido diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de él, o cinco si éste tuviera más de ochenta años, o si la desaparición del ausente se hubiere producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, caso en el cual el plazo será de dos años (art. 63 incs. 1 y 2).

El riesgo en esta forma de seguro de vida es objeto de determinadas limitaciones en algunos códigos, que excluyen los casos de muerte en duelo o de resultas de él, de suicidio, de ajusticiamiento por delitos comunes; de muerte en servicio militar en tiempo de guerra o empresa o hecho notoriamente temerario o imprudente.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 29 de abril de 1972, ha resuelto que el fallecimiento por suicidio no enerva el mérito ejecutivo de la póliza de seguro, por no estar dicha causa de muerte expresamente excluida en las leyes de la materia, que al enunciar las diversas combinaciones contractuales posibles sobre el seguro de vida, no condicionan el deceso a circunstancia expresa alguna (*R. del F.* 1973, p. 168).

El fundamento de estas limitaciones es que el duelo es un delito del cual no pueden derivar beneficios, así como tampoco del hecho de sufrir el asegurado la pena capital; el suicidio es acto voluntario del asegurado que igualmente no puede generar efectos que darían lugar a beneficios indebidos; la muerte en actos de servicio militar en tiempo de guerra supone una agravación extraordinaria del riesgo normal. Empero, estos eventos quedan actualmente librados a lo que se establezca en las pólizas, dado que en muchos países, como en el nuestro, la legislación no contiene disposición prohibitiva.

Si se trata del seguro para el caso de vida, el riesgo consiste en la sobrevivencia del asegurado a la fecha predeterminada, por lo que no caben delimitaciones de ninguna clase.

8. LA INDEMNIZACIÓN

En el seguro de vida, la indemnización no es objeto de valuación. La suma señalada en el contrato es la que debe satisfacer el asegurador, en forma de capital o de renta. Se trata de una suma de previsión. No cabría, en consecuencia, que el asegurador pretenda discutir si la suma a entregar es excesiva, por tratarse, por ejemplo, en el seguro para el caso de muerte, de persona de escasos rendimientos económicos.

En los casos de *enfermedad, invalidez o accidente*, que pueden considerarse como formas del seguro sobre la vida, el asegurado tiene el derecho a reclamar íntegramente la suma convenida, aunque se pruebe que el daño es de menor significación económica. Se presume que el asegurado no provoca voluntariamente el siniestro que afecta su vida, su integridad física, o su salud o bienestar, ya que es él quien ha de recibir el importe del seguro, pues aquí es inadmisible la figura del tercero beneficiario.

En Ejecutoria de 16 de abril de 1946, la Corte Suprema estableció que las pensiones de invalidez no son descontables del monto del seguro de vida, que íntegramente debe pagarse a los beneficios (*El Derecho* de Arequipa). La Ejecutoria Suprema de 3 de octubre de 1977 resolvió que los contratos mercantiles deben ser cumplidos y ejecutados de buena fe y que, cumplidas las condiciones esenciales para que el seguro contra accidentes personales sea exigible, sólo se requiere, para su pago, la declaración pormenorizada del accidente y el certificado del médico que atendió a la víctima, aun cuando el aviso respectivo haya sido dado después del plazo estipulado en la póliza, máxime cuando se debió a impedimento de la víctima (Exp. Nº 759-77. Lima. *RJP*, Nº 405, p. 1196).

9. EFECTOS DEL CONTRATO

Del contrato de seguro de vida derivan obligaciones y derechos para las partes.

La obligación principal del tomador del seguro es la de pagar la prima, bajo la sanción de detenerse la contraprestación del asegurador, sin perjuicio de la rescisión del contrato. Pero, en este último caso sería injusto que el asegurador hiciese suyos todos los pagos realizados, de los cuales una parte estaba destinada a cubrir riesgos, ya que no va a soportar una vez rescindido el contrato, por lo que se reconoce el derecho del asegurado a hacer suyo el valor de la reserva matemática que corresponde a la póliza.

Otra obligación generalmente admitida es la de *comunicar al asegurador los cambios sobrevenidos* en el modo de vida del asegurado que puedan aumentar las posibilidades de que se produzca el siniestro. Así puede ocurrir con el cambio de ocupaciones de riesgos menores a riesgos mayores.

Como *derecho del asegurado*, el principal es el de *hacer efectivo el seguro* en los casos en que él sea el beneficiario, como puede ocurrir en el seguro de vida para el caso de sobrevivencia, de accidente, de vejez, invalidez, etc.

Tratándose del seguro de vida para el caso de muerte, este derecho puede exigirse en la vía ejecutiva, acompañándose, al efecto, además de la póliza vigente, la correspondiente o partida de defunción, única forma de acreditarlo.

El *derecho de endosar la póliza* es también un derecho reconocido en el art. 421 del C. de C., lo que permite el asegurado al sustituir a otra persona en sus derechos frente al asegurador. El endosatario, puede, a su vez, trasmitir la póliza por endoso y así sucesivamente hasta el momento del cobro del capital asegurado.

La obligación del asegurador es pagar el capital o la renta convenida en el momento que corresponda a la clase del contrato celebrado sin posibilidad de reducción fundándose en apreciaciones sobre el valor indemnizable, de acuerdo a lo expresado.

10. LA PÓLIZA

No difieren las consideraciones generales que se han enunciado respecto a la póliza en el seguro de vida, salvo las particularidades que correspondan a su naturaleza. Además de los requisitos señalados en el art. 378 del Código, la póliza debe contener la expresión de la cantidad que se asegura, en capital o renta; y la de la disminución o aumento del capital o renta asegurados, y de las fechas desde las cuales deberán contarse aquellos aumentos o disminuciones (art. 412).

Como puede advertirse fácilmente, algunos de los elementos a que se refiere el art. 378 son inconciliables con el seguro de vida.

En cuanto a los elementos personales que deben constar en la póliza, son los mencionados al tratar de ellos, o sea el tomador del seguro, que puede ser el propio asegurado o un tercero; el asegurador y el beneficiario, que puede ser el asegurado en el caso de sobrevivencia, o un tercero.

Los datos personales del asegurado son de interés por cuanto pueden determinar que no se celebre el contrato, como ocurre en los casos de personas inasegurables por razón de exceder los límites de edad para tomar el seguro o por padecer determinadas enfermedades, casos en los que aumentan los riesgos por encima de lo normal, según se ha visto.

La Corte Suprema ha establecido que procede la nulidad del seguro por vicios en el consentimiento, así como por haber ocultado el padecimiento de dolencia crónica e incurrido en falsedad al declarar la profesión u oficio, lo cual lleva invívita la devolución de las primas pagadas por el asegurado (Ejecutoria de 7 de enero de 1928. Causa. Nº 504-1926. *AJ.*, 1927, p. 452). Asimismo, que no anula el contrato de enfermedad del contratante si ésta no fue diagnosticada por el médico del asegurador (Ejecutoria de 21 de julio de 1931. Causa Nº 1465-1930, *R. de los T.*, 1931, p. 149).

CAPÍTULO XI
CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE

1. Concepto. 2. Objetos asegurables. 3. El riesgo. 4. La indemnización. 5. La póliza.

1. CONCEPTO

Es el seguro contra riesgos que amenazan las cosas aseguradas durante el transporte terrestre y en los momentos que le antecedente, lo interrumpen o le siguen. A esta forma de seguro le dedica el C. de C. los arts. 423 al 428.

2. OBJETOS ASEGURABLES

Pueden ser no sólo los efectos transportados a que alude el art. 423 sino también los elementos propios del transporte.

El *interés asegurado* permite que celebren el contrato todos los que tengan interés o responsabilidad en la conservación de los efectos transportados, debiendo expresarse en la póliza el concepto en que contratan el seguro (art. 424). Puede, en esta forma, hacerse este seguro por cuenta propia, o de quien corresponda, para conferir seguridad a cualquier adquiriente de las mercancías transportadas.

3. EL RIESGO

Puede ser cualquier hecho que signifique amenaza de pérdida o deterioro, «cualquiera que sea la causa que los origine», salvo los originados por el vicio propio de la cosa o por transcurso del tiempo, salvo pacto en contrario (art. 426).

En cuanto a su duración, el riesgo comienza en el momento en que las cosas se entregan al porteador para el transporte y termina cuando se entregan al destinatario o cuando transcurra un plazo prudencial, si el consignatario se niega a recibir la mercancía.

4. LA INDEMNIZACIÓN

Será la que se justifique judicialmente teniendo en cuenta el estado de las mercaderías aseguradas, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada al lugar en que deben entregarse, sin lo cual el asegurador no podrá excusar su responsabilidad (art. 427). A falta de pacto expreso, el valor indemnizable será el que los objetos transportados tenían en el momento en que comenzó la vigencia del seguro, más el importe de los gastos de transporte hasta el lugar de su destino.

5. LA PÓLIZA

Presenta las características especiales señaladas en el art. 424 del C. de C. y que responden a la necesidad de determinar con exactitud el riesgo en un seguro que atañe a cosas en movimiento. De aquí que al designar el lugar en que puedan encontrarse los efectos asegurados se hace referencia a la empresa o persona que se encargue del transporte y a los puntos en donde se hubieren de recibir y en el que se hayan de entregar los géneros asegurados, además de la especificación de las calidades de los efectos, con expresión del número de bultos y de las marcas que tuvieren y que permitan identificarlos.

CAPÍTULO XII
OTRAS CLASES DE SEGUROS

1. Concepto. 2. Seguro contra robo. 3. Seguro de riesgo locativo. 4. Seguros agrícola y pecuario. 5. Seguro de crédito. 6. Seguro de vehículos. 7. Seguro de responsabilidad civil. 8. El siniestro. 9. El monto del seguro y la suma asegurada. 10. Obligaciones del asegurado. 11. Obligaciones del asegurador.

1. CONCEPTO

Los contratos de seguro a que se refiere el art. 429 del C. de C. pueden ser sobre cualquier clase de riesgos que provengan de casos fortuitos o accidentes naturales, no detallando ni estableciendo respecto de ellos normas específicas. De esta forma, pueden ser objeto del seguro los más variados riesgos, muchos de los cuales no eran advertidos en la época de promulgación del Código. Todo lo que éste exige para la validez del contrato es que los pactos sean lícitos y estén conformes con las prescripciones generales que él señala. Así han aparecido diversas formas del contrato, entre las que se mencionarán las más difundidas.

2. SEGURO CONTRA ROBO

Esta forma del contrato cubre el riesgo por las pérdidas que sufre el asegurado por la desposesión, destrucción o deterioro de los objetos asegurados a consecuencia del robo o tentativa de robo cometido por personas extrañas a la familia del asegurado que no convivan con él.

Asimismo, cubre el *riesgo de expoliación*, o sea, el caso en que la pérdida de los objetos asegurados se debe de apropiación por personas extrañas a la familia del asegurado, o que conviven con éste o dependen de éste, mediante la ejecución de violencia física o moral sobre las personas encargadas de la custodia de tales objetos.

3. SEGURO DE RIESGO LOCATIVO

Mediante este seguro el arrendatario de un bien se cubre del riesgo de no poder devolver el inmueble locado en las condiciones en que lo recibió y a que está obligado, salvo el caso de perecimiento o menoscabo inevitable proveniente de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción (art. 1681 inc. 10 y art. 1684 del C.C.), casos en los cuales le corresponde la prueba. En virtud del seguro, es el asegurador quien pagará la indemnización que el locador reclame al locatario. Con tal fin, producido el siniestro deberá ponerlo en conocimiento de aquél, y será el asegurador quien dirigirá la defensa del arrendatario en el juicio que promueva el locador. Llegado el caso, el asegurador quedará obligado a satisfacer la correspondiente indemnización.

4. SEGUROS AGRÍCOLA Y PECUARIO

El *seguro agrícola* tiene por objeto cubrir el riesgo a que están expuestas las cosechas debido a fenómenos meteorológicos que puedan originar su pérdida o destrucción. Puede ser asegurado quien tenga interés en obtener la producción, bien sea propietario, arrendatario, usufructuario, etc.

Presenta como características: a) que, como se trata de un riesgo proveniente de causas naturales, no tienen ninguna influencia respecto de él para la delimitación causal del riesgo ni para su agravación, los hechos del asegurado o de un tercero; b) que el interés asegurable no es el valor que tiene la cosa al contratarse el seguro ni en el momento del siniestro, sino un valor futuro, esto es, aquel que tendría el producto en el momento que se considere conveniente calcular el daño.

El *seguro pecuario* cubre el riesgo del ganado para el caso de muerte por enfermedad o accidentes, así como por la inutilidad en que pueda quedar el animal en relación con su capacidad económica. También se cubren los riesgos en casos de transporte, inundación, terremoto, incendio. No son infrecuentes los casos de seguros de animales dedicados a la industria ganadera, como también los caballos o perros de carrera, animales amaestrados, destinados a otras actividades de índole económica.

Se caracteriza este seguro: a) porque la apreciación de la suma asegurada debe ser la que corresponde al valor posible del seguro; b) por la importancia que tiene la conducta del asegurado, en cuanto a procurar la mayor diligencia al cuidado de los animales asegurados.

5. SEGURO DE CRÉDITO

Esta forma de seguro está destinada a proteger contra el riesgo de la insolvencia del deudor. Se trata de cubrir las pérdidas patrimoniales que sufre el acreedor por la falta de pago por parte de su deudor.

Se recurre con frecuencia a esta modalidad del seguro en las operaciones de comercio exterior. La garantía alcanza a los riesgos, bienes o servicios exportados

y a las consecuencias que puedan originarse para el exportador desde el momento de la conclusión del contrato y la fecha de expedición de las mercaderías, pudiendo también extenderse al crédito que resulte directa o indirectamente de la operación de exportación, a los gastos derivados de ella y a los gastos a realizar en el extranjero cuando se hubiese establecido contractualmente que éstos serán a cargo del exportador.

6. SEGURO DE VEHÍCULOS

En estos seguros, la empresa aseguradora garantiza al asegurado, hasta por las sumas fijadas como límite, la indemnización y/o reparación de los daños y pérdidas que sufra como consecuencia del uso y circulación del automóvil asegurado en vías o lugares autorizados con respecto: a) a daño propio al automóvil que comprende: accidente, incendio, robo o hurto y rotura de lunas; b) a responsabilidad civil, que incluye daños personales y/o materiales a terceros; c) a accidentes personales (de tránsito) para los ocupantes, tales como indemnización por muerte, invalidez, incluidos gastos de curación; d) a daños o pérdidas por huelgas y conmociones civiles, daño,malicioso, vandalismo y terrorismo.

La prima estará en relación con la cobertura de lo que se pretende asegurar si se trata de la pérdida o destrucción total del vehículo o sólo de daños a terceros.

Por otra parte, el conductor, o el asegurado, al ocurrir un siniestro, según el caso, deberá observar ciertas normas tales como: a) denunciar el hecho inmediatamente a la autoridad policial, solicitando la constatación de daños; b) el conductor deberá someterse al dosaje etílico dentro del plazo correspondiente; c) comunicar de inmediato la ocurrencia a la compañía; c) rechazar cualquier reclamación o responsabilidad que compromete el interés de la compañía; d) llegar a arreglos o pactos sin autorización expresa de la compañía.

7. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Este es un contrato que ha adquirido gran difusión debido a la inminencia cada vez más frecuente de incurrir en responsabilidad civil derivada de los daños causados a un tercero, provenientes del aprovechamiento de objetos riesgosos o de servicios y que estaría obligado a indemnizar quien utiliza tales objetos o servicios. Esta última responsabilidad está establecida en el art. 1144 del C.C.

Como puede advertirse, se trata de un seguro de daños porque la suma a satisfacer por concepto de responsabilidad afecta el patrimonio del titular. Pero presenta como característica que no afecta a un objeto determinado del patrimonio, sino a la integridad de éste de modo indirecto, pues el daño se produce directamente en el patrimonio de un tercero como consecuencia de la conducta culposa del tomador del seguro o de la de su dependiente. Pero, indirectamente va a gravitar sobre el patrimonio del asegurado al nacer respecto de éste la obligación de reparar el daño.

La responsabilidad que se asegura es la que deriva de la culpa, o sea, por daños causados accidental o involuntariamente a las personas o cosas, lo que excluye el dolo, pues los riesgos ilícitos no son asegurables.

Respecto a la cuantía máxima de la responsabilidad que se asegura, puede ser la que coincide con el valor de la cosa; o puede ser una suma calculada, como cuando el monto máximo de la responsabilidad no puede ser determinado de antemano, sino que él se establece al realizarse el siniestro, como ocurre en la responsabilidad del automovilista, que no puede prever las víctimas que pueden ocasionar, ni la naturaleza de los daños ni la cuantía de los mismos.

Las pólizas también establecen que la cobertura del seguro se extiende más allá de los límites de la propia responsabilidad civil para comprender los gastos judiciales de defensa del asegurado, quien debe comunicar a la compañía la interposición de la demanda a fin de que dirija la defensa que corresponda.

La Corte Suprema ha resuelto; a) que en el juicio sobre accidente de trabajo no puede resolverse la obligación de la compañía aseguradora respecto del empresario (Ejecutoria de 12 de diciembre de 1930, *R. de los T.*, 1931, p. 32); b) que la compañía que ha asegurado al personal de trabajadores de una empresa está obligada a indemnizar la muerte del obrero aun cuando el accidente no se hubiera realizado en el trabajo de máquinas (Ejecutoria de 20 de junio de 1941, *El Derecho*, Nov-Dic. 1941, p. 1947); c) que el seguro por responsabilidad civil no produce vínculo jurídico entre el asegurador y el titular del daño y que, consecuentemente, no existe solidaridad entre el asegurado y el asegurador para la reparación del daño producido por aquél; así como tampoco produce solidaridad entre el asegurador y el tercero, víctima del evento dañoso (Ejecutoria de 19 de octubre de 1970. Exp. Nº 1465-70. Lima. *RJP*, Nº 324, p. 117 y de 11 de junio de 1973. Exp. Nº 301-73. Lima. *RJP*, Nº 354, p. 840).

8. EL SINIESTRO

Como el riesgo que se asegura es la posibilidad de hacer efectiva la reparación civil por parte del asegurado, el evento se producirá en el momento en que surja para éste la obligación de responder civilmente, o sea, en el momento en que el tercero damnificado reclame la indemnización.

9. EL MONTO DEL SEGURO Y LA SUMA ASEGURADA

En esta clase de contrato es lo más frecuente que el seguro no cubre el daño a cosas concretas y determinadas, sino responsabilidades indeterminadas por daños a terceros. De aquí que no se puede determinar el valor del seguro, por lo que la suma asegurada es arbitraria. Servirá como límite a la indemnización que pague el asegurador y como base para el cálculo de la prima. El asegurador queda obligado siempre a asumir la deuda del asegurado hasta el límite máximo de su garantía; o ilimitadamente, si el seguro se pactó en esta forma, o sea, en los casos de *seguro de responsabilidad civil total.*

10. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO

Además de la obligación de pagar la prima y dar aviso del siniestro, las pólizas imponen las obligaciones específicas de dejar que el asegurador realice las gestiones y la defensa del asegurado, judicial o extrajudicialmente, de abstenerse de reconocer su responsabilidad, y de cooperar con las gestiones que en relación con el siniestro le indique la compañía aseguradora. Como sanción se establece la pérdida de los derechos que derivan del contrato para el asegurado.

11. OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

La principal obligación del asegurador es pagar la indemnización que, dentro de los límites de la suma asegurada, debe satisfacer el asegurado, como civilmente responsable, al tercero que ha sufrido el daño.

El titular del derecho a la prestación es el asegurado y no el tercero, que no es parte en el contrato. De aquí que se niegue la acción directa de éste contra el asegurador, aunque en algunos países se admite, si se interpone la acción conjuntamente contra el asegurado, responsable principal, y contra el asegurador como responsable subsidiario.

Cumplida la obligación de pagar por parte del asegurador, se reconoce a éste el derecho de subrogarse en los derechos y acciones que puedan corresponder al asegurado contra los terceros responsables del evento en que participó el asegurado, o del cual resultó responsabilidad para éste.

En lo que se refiere a la acción indemnizatoria por el daño causado, ésta puede dirigirse contra el asegurador, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste.

CAPÍTULO XIII
CONTRATO DE FIANZA

1. Concepto y forma del contrato. 2. Efectos de la fianza. 3. Derechos del fiador.

1. CONCEPTO Y FORMA DEL CONTRATO

Este contrato, que el C. de C. denominaba «Afianzamiento», actualmente está legislado por el C.C. de 1984, en virtud de lo dispuesto por el art. 2112, que deroga los artículos respectivos del Código de Comercio, el cual se limitaba a unas pocas disposiciones (arts. 430 a 433), quedando sujeto lo no expresado en él a las normas del derecho común, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 50, del mencionado código. Esto explicaba lo escaso del articulado, así como del contenido de las ediciones anteriores de este libro al respecto.

Ahora, el tratamiento del contrato se hace fundamentalmente en el curso de Derecho Civil, de modo que sólo vamos a hacer las referencias más importantes, desde el punto de vista comercial, comenzando por el concepto de este contrato, que es muy frecuente en las relaciones comerciales y al que se le aplica también la denominación de «aval», término tomado del derecho cambiario, que se ha extendido al área de la contratación crediticia.

La fianza es un contrato de garantía por el que una persona se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. Es, pues, una garantía personal, en la que no se compromete un bien mueble (prenda) o inmueble (hipoteca). La fianza puede otorgarse sin orden y aun contra la voluntad del deudor (arts. 1868 y 1869 del C.C.).

En ejecutoria de 7 de diciembre de 1928 (*A.J.*, p. 282), la Corte Suprema resolvió que la fianza, por su naturaleza jurídica de garantía personal, no es inscribible.

De otro lado, por su naturaleza es un contrato accesorio, que no tiene vida propia sino que va unido de otro, que es el principal, cuya suerte sigue y que, generalmente, es el préstamo.

Es, asimismo, un contrato unilateral, puesto que las obligaciones corresponden únicamente al fiador, salvo que se haya pactado retribución. Y, finalmente, es un contrato subsidiario porque la obligación sólo surge en defecto de pago por parte del deudor a quien se afianza.

En cuanto a la forma, el C.C. (art. 1871), exige que el contrato conste por escrito, bajo sanción de nulidad.

La fianza puede prestarse en garantía de obligaciones existentes o futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido, pero no se puede reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. Igualmente puede afianzarse una obligación condicional, o a plazo (art. 1872 C.C.).

Por otra parte, la Ley Nº 26702, al referirse a la fianza, en lo que respecta a las operaciones del sistema financiero, la equipara en sus efectos al aval, al disponer en su art. 167 que la fianza solidaria o con renuncia al beneficio de excusión que conste de un título valor confiere mérito ejecutivo contra su suscriptor, en los mismos términos que la ley de la materia señala respecto de los avalistas.

Se debe tener presente que los alcances del referido art. 167 es de aplicación general, aun cuando no fuese una empresa del sistema financiero la que hubiese recibido el título valor, según lo dispuesto en la Sexta Disposición Final y Complementaria de la Ley Nº 26702.

2. EFECTOS DE LA FIANZA

En virtud del contrato, el fiador asume la obligación de su fiado de pagar al acreedor, revistiendo esta obligación dos modalidades: simple o solidaria. En virtud de la primera, el acreedor sólo puede accionar contra el fiador después de haber exigido al deudor el pago correspondiente, y sólo si no puede lograrlo requerirá al fiador, o sea, que puede hacer uso del derecho de excusión. En la fianza solidaria, el fiador no puede hacer valer la excusión, salvo si el fiador hubiere renunciado expresamente al beneficio, o en caso de quiebra del deudor (arts. 1879, 1883 del C.C.).

3. DERECHOS DEL FIADOR

El fiador tendrá derecho a exigir retribución, si ésta hubiese sido pactada, pues se trataría del caso de cumplimiento del contrato. Si paga la deuda goza del derecho de subrogación en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor. Si

se ha obligado por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige, notarial o judicialmente, el cumplimiento de la obligación; dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor, y si el acreedor no ejecuta ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido, o si abandona el procedimiento queda, liberado de su obligación.

El fiador pierde la acción contra el deudor por quien ha pagado si omite dar a éste aviso del pago efectuado, habiendo el deudor cancelado la deuda, pero puede repetir contra el acreedor (art. 1892 C.C.). Igualmente, en caso de pago del fiador sin dar aviso al deudor, éste puede hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor.

El fiador que paga la deuda que afianza tiene derecho a reclamar a los demás, si son varios, la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer y, respecto al fiado se subrogará en todas las acciones que tenía el acreedor contra aquél (arts. 1893 y 1889 del C.C.). Asimismo, tiene derecho a reclamar, en concepto de indemnización, el monto de lo que ha pagado; el interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor; los gastos ocasionados al fiador, después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago, los daños y perjuicios, cuando procedan (art. 1890 C.C.).

Finalmente, el fiador queda liberado de la obligación contraída al mismo tiempo que el deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones. Lo primero resulta del carácter accesorio del contrato y lo segundo de las reglas generales de las obligaciones. Es de hacer notar una particularidad al respecto contenida en el art. 1902 del C.C., en cuanto establece que el fiador queda liberado de su obligación si por algún hecho del acreedor no puede subrogarse, lo cual se explica porque en este caso el acreedor lo estaría privando de un derecho que conforme a ley le corresponde.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 2 de julio de 1935, resolvió que la fianza puede abarcar obligaciones futuras y, en todo caso, los derechos y obligaciones del fiador pasan íntegramente a sus herederos; que la fianza no se extingue con la muerte del fiador si subsiste el contrato principal sin modificación alguna (*R. del F.*, p. 679).

CAPÍTULO XIV
CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

1. Concepto. 2. La novación y la compensación. 3. Indivisibilidad de las partidas. 4. Las partes en el contrato. 5. El objeto del contrato. 6. La cláusula «salvo ingreso en caja». 7. Clausura de la cuenta corriente. 8. Extinción del contrato. 9. Liquidación de la cuenta corriente. 10. Determinación del saldo.

1. CONCEPTO

No obstante estar comprendido el contrato de cuenta corriente mercantil y el de cuenta corriente bancaria en la Sección Décima Cuarta de Libro Segundo del Código de Comercio, pueden advertirse diferencias sustanciales entre ambos contratos.

El contrato de cuenta corriente mercantil es aquel en virtud del cual dos personas que tienen que entregarse recíprocamente valores, convienen en convertir sus créditos en partidas de «Debe» y «Haber», de modo que sólo resulta exigible la diferencia final procedente de la liquidación, expresa el art. 563 del C. de C. Empero, esta definición no revela los elementos que caracterizan el contrato y que resultan de lo dispuesto en el art. 567 del acotado, cuando expresa que los valores y efectos recibidos se transfieren en propiedad al que los recibe; que el crédito concedido por remesa de efectos o valores de comercio lleva la condición de que éstos sean pagados a su vencimiento; que es obligatoria la compensación entre el «Debe» y el «Haber»; que todos los valores del crédito y débito producen intereses, salvo estipulación contraria; que el saldo definitivo es exigible desde su aceptación, a no ser que el deudor hubiera remitido sumas eventuales que igualen o excedan el saldo, o que los interesados hayan convenido en pasarlo a nueva cuenta.

Se trata de un contrato típicamente mercantil que, a diferencia de otros contratos, no tiene antecedentes en el Derecho Civil. Si bien tiene aspectos semejantes al mandato, al préstamo, a la comisión, al depósito irregular, no puede confundirse con éstos. Es un contrato *sui generis*, con autonomía propia, de carácter normativo y de naturaleza consensual porque tiende a regular relaciones crediticias ya existentes o futuras.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 29 de diciembre de 1972, ha resuelto que el contrato de cuenta corriente es consensual y su existencia puede acreditarse por cualquiera de los medios admitidos, excepto testigos; y que la admisión de los valores de las letras de cambio en la cuenta corriente y la consiguiente novación se presume efectuada pura y simplemente, salvo reserva en contrario (Exp. Nº 887-72. Loreto. *RJP*, Nº 351, p. 488).

El solo hecho de que dos personas se encuentren en situación de cuenta corriente y que esto aparezca reflejado en el caso de los comerciantes en el libro de contabilidad así denominado (de «Cuentas Corrientes») no significa que el contrato existe, pues en este caso se tratará simplemente de un registro de operaciones que reflejan una situación de crédito o débito.

Esta circunstancia indujo a error respecto al carácter del contrato, lo que llevó a negarle significación reputándosele solamente como un «cuadro de contabilidad», que no merecía una construcción sistemática. Tal ocurrió en España, lo que explica que el Código de Comercio hiciera a él una simple referencia en su art. 909, inc. 6, al tratar de la quiebra.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 12 de julio de 1938, ha resuelto que los derechos y obligaciones que nacen del contrato de cuenta corriente no dependen del nombre que le den los interesados al contrato, sino de su naturaleza y del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para constituirlo; que carece de fundamento la excepción de prescripción deducida, por no tratarse de un contrato de cuenta corriente mercantil sino de un contrato de venta regido por las disposiciones del derecho común (*R. del F.*, p. 592).

Las notas caracterizadas del contrato mencionado en el aludido art. 567, permiten establecer la indivisibilidad del contrato.

La primera nota es la *transmisión de la propiedad de los valores y efectos* al que los recibe (inc. 1), lo que significa que éste tiene respecto de ellos la libre disposición. La transferencia se efectúa cualquiera que sea la causa del envío de los valores y efectos, los que pierden desde su ingreso en la cuenta corriente su originaria condición jurídica.

Pueden ser objeto de esta transmisión todos los valores transmisibles en propiedad, así como «todas las negociaciones» que pueden realizarse entre comerciantes, o entre un comerciante y uno que no lo es (art. 564).

2. LA NOVACIÓN Y LA COMPENSACIÓN

La *novación* importa que el ingreso en la cuenta corriente de los valores y efectos respectivos de su causa originaria es lo que ha dado lugar a que se produzca la figura de la novación, a que se refiere el art. 565 del Código.

Esta novación tiene un carácter peculiar, pues, en primer lugar, la ley la establece de modo que desde que las partes convienen en la cuenta corriente y admiten en ella los valores precedentemente debidos, se produce la novación, bien se trate de valores o créditos, salvo que respecto a éstos al acreedor o deudor haga formal renuncia de sus derechos.

Se salva en esta forma la objeción en el sentido de que la novación requiere la existencia del *animus novandi*, pues éste estaría presente desde el momento en que se dan los supuestos considerados en la ley, ocurriendo la circunstancia de que los créditos pierden su existencia primitiva y se transforman en asientos de la cuenta, que forman un solo todo.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 6 de diciembre de 1934, dejó establecido que, cargado a una cuenta corriente el saldo de unas letras, se extingue la obligación cambiaria, en virtud de la novación operada, y que es fundada la oposición a la ejecución deducida por el aceptante de una letra, cuando el valor de ésta ha sido cargado a su cuenta corriente, sin haber formulado el acreedor reserva de su derecho aplicando en esta forma el art. 565 del C. de C (*R. del F.*, p. 616 y *R. de los T.*, p. 401).
>
> Asimismo, que la admisión de los valores de las letras de cambio en la cuenta corriente y la consiguiente novación se presume efectuada pura y simplemente, salvo reserva en contrario (Ejecutoria Suprema de 29 de diciembre de 1972. Exp. Nº 887-72. Lambayeque. *RJP*, Nº 351, p. 488).

La compensación, como es sabido, es una figura en virtud de la cual se descuenta una deuda por otra entre dos sujetos recíprocamente acreedores. El Código Civil (art. 1288) establece que por la compensación se consideran extinguidas las obligaciones exigibles hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuesta la una a la otra, salvo que el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo.

La compensación puede ser legal, o sea impuesta por ministerio de la ley, caso en el cual opera automáticamente. Así lo establecía el Código Civil de 1852, criterio que no ha seguido el código vigente, que requiere que las obligaciones «hayan sido opuestas una a la otra».

Tratándose de la cuenta corriente, la compensación es obligatoria (inc. 3 del art. 567) y ella se verifica cuando se liquida la cuenta corriente, o sea, al finalizar ésta y no constantemente durante la remesa de los valores y efectos, o del ingreso de los créditos en las partidas respectivas. Así resulta de lo dispuesto en el art. 566 del C. de C. Es al término de la cuenta cuando se compensan por sus correspondientes importes las cantidades de «debe» y «haber», de la cual resultará cuál

de los cuentacorrentistas es el acreedor y cuál el deudor. Las liquidaciones o balances periódicos que se realizan durante el curso de la cuenta en las oportunidades que las partes decidan (art. 574), tienen una finalidad informativa, destinada a hacer conocer a los contratantes su situación económica, evitando dudas y dificultades y facilita la liquidación final, que ha de determinar el saldo definitivo, que es considerado como un capital productivo de intereses y que puede ser garantizado con fianza, prenda o hipoteca, según acuerdo de las partes (arts. 572, 573 y 574 del C. de C.).

La justificación de que las remesas devenguen intereses se explica porque ella no se hacen para que estén depositadas en caja, sino para ser transferidas en propiedad y para que entren en circulación, en beneficio de quien las ha recibido, que se supone las utiliza en sus propias actividades.

3. INDIVISIBILIDAD DE LAS PARTIDAS

Es ésta una de las notas características más importantes del contrato. Es su columna vertebral, de la cual las otras vienen a ser como una consecuencia. Todas las remesas forman una masa indivisible y se contraponen recíprocamente entre los cuentacorrentistas. Es éste precisamente el propósito de los contratantes; aplazar toda reclamación aislada de los créditos, renunciando a su exigibilidad durante el curso de la cuenta (art. 566).

De aquí deriva que hasta que finalice la cuenta no puede hablarse de acreedor ni deudor, ni de créditos en favor de una de las partes desde que se inscriben en la cuenta, sino de asientos preparatorios de un crédito futuro único. No es, pues, un contrato «estático», sino en movimiento, que no se detiene hasta su terminación y liquidación en el momento convenido. Por eso es que no cabe compensación entre las remesas, ni imputación al pago, ni aceptarse reclamación separada de pago en razón de determinados asientos, ni, en consecuencia, puede pretenderse por cualquier acreedor de los cuentacorrentistas embargar los asientos respectivos del «haber».

Por la misma razón, se unifica el tipo de interés de las remesas incluidas en la cuenta, formando el saldo de capital e interés un solo todo; se someten las remesas a una única prescripción de cinco años (art. 578), que comienza a correr desde que queda fijado el saldo.

4. LAS PARTES EN EL CONTRATO

De lo dispuesto en el art. 564 del C. de C. se desprende que este es un contrato en el que una de las partes por lo menos debe ser comerciante, pues el numeral citado se refiere a «negociaciones entre comerciantes», o entre un «comerciante y uno que no lo es». No cabría, en consecuencia, que se celebre entre dos personas no comerciantes. De este modo la calidad de los intervinientes es elemento decisivo para configurar el contrato.

5. EL OBJETO DEL CONTRATO

El elemento objetivo del contrato son las negociaciones y todos los valores transmisibles en propiedad, a los que se denomina «remesas».

Cuando se alude a negociaciones y valores se quiere significar las prestaciones que impliquen una obligación para la otra parte. Estas prestaciones deben ser en dinero o valorables en dinero y su transferencia ha de realizarse a título de propiedad, quedando excluidas aquellas prestaciones o créditos que conforme a su naturaleza sean inadecuados para la compensación global en el saldo.

Las remesas no sólo deben tener como virtualidad hacer nacer un crédito, sino que éste no sea exigible de inmediato, y que se incorpora a la cuenta reteniéndose el pago hasta la liquidación final, en que será compensado con otras partidas, en virtud de la indivisibilidad de la cuenta.

Las remesas devengan intereses desde que se incluyen en la cuenta, salvo pacto en contrario, lo que se justifica porque el remitente se desprende de un valor que pasa a manos del receptor, el cual se beneficia por reputarse que es utilizado por éste.

El art. 574 del C. de C. permite a las partes determinar la tasa de intereses y su capitalización por períodos no menores de seis meses, lo que resulta prohibido por la legislación posterior, pues el art. 1586 del C.C. prohíbe la capitalización de intereses, salvo que se hubiese pactado, pero con la limitación de no efectuarse sino por cada dos años de atraso.

6. LA CLÁUSULA «SALVO INGRESO EN CAJA»

Esta cláusula está aludida en el inc. 2 del art. 567 y en el art. 568 del C. de C. Ella significa una excepción al principio general de que todo asiento es irrevocable para la parte que hace el abono, salvo que la otra parte consienta en la revocación.

La cláusula funciona en referencia a los casos en que las remesas consisten en título-valores, que no representan un pago en dinero sino en valores, por lo que no sería justo considerar que el abono queda efectuado, cuando puede ocurrir que el documento no sea satisfecho a su vencimiento. Debe tenerse en cuenta al respecto lo que dispone el art. 1233 del C.C., en el sentido que tales documentos sólo producen los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del deudor se hubiesen perjudicado, quedando, entre tanto, en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva.

La anulación del asiento correspondiente en el caso de no ser pagado el título-valor, no se hace, como es obvio, testándolo o enmendándolo, sino anotando como contrapartida un asiento de adeudo, que compensará el anterior.

7. CLAUSURA DE LA CUENTA CORRIENTE

La clausura es el momento en que se detienen las operaciones que se realizaban en ella y que no debe confundirse con la terminación del contrato. La clausura o cierre es la conclusión de un período determinado, independientemente de que el contrato continúe o no. La extinción es el fin del contrato, que culmina con el pago del saldo por quien resulte deudor. En virtud del cierre, sólo se suspende las operaciones en los períodos pactados o cuando sea usual, con el fin de fijar el saldo, el cual tendrá el carácter de definitivo si el contrato se extingue al mismo tiempo; o parcial, si continúa, caso en el cual el saldo es una nueva partida que inicia el período siguiente del mismo contrato. Al efecto, las diferencias que puedan resultar aparecen de los respectivos balances, lo que no significa que las cantidades que resulten a cargo de uno de los cuentacorrentistas es exigible si no ha terminado la cuenta, pues sólo en este momento surge la exigibilidad, de acuerdo con el principio de la indivisibilidad de la cuenta y de la compensación que se produce. Si la cuenta no continúa, el saldo es exigible después de haber sido admitido por ambos contratantes.

8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Las causas de terminación del contrato pueden originarse en el acuerdo de las partes, o independientemente de éste.

Entre las *primeras* están, aparte del *mutuo disenso*, como es obvio, el *cumplimiento del plazo* que se hubiese fijado, *o por decisión de una de las partes* si no se hubiese fijado término. Entre *las segundas, la quiebra, interdicción o muerte de cualquiera de ellas* (art. 576).

La *denuncia unilateral* no va seguida del cierre inmediato de la cuenta. Si bien interrumpe el envío de remesas, la liquidación no podrá exigirse antes del período convenido en el contrato. Si éste no lo hubiere señalado, habrá que considerar las disposiciones de la ley o los usos comerciales. De otro modo, sería obligar a una de las partes a tener en cualquier momento dinero disponible para satisfacer el saldo, lo que no siempre es posible, dado que a éste se reputa siempre invertido en procura de utilidades.

De otro lado, cabría aún examinar si media dolo en beneficio del denunciante y en perjuicio de la otra parte.

Además del vencimiento del plazo, puede ocurrir que se haya pactado la cuenta corriente bajo condición, como ocurriría si se hubiere convenido en su funcionamiento mientras un comerciante sea cliente de determinada persona, o para cuando finalice determinada operación comercial.

Entre la segunda clase de causales de terminación están: *a) la muerte,* por reputarse un contrato *intuitu personae*; *b) la interdicción*, porque el interdicto no puede ejercer derechos y porque, como se ha expresado, el carácter personal del

contrato impide que lo continúen los representantes de aquél; *c) la quiebra*, porque ella determina una forma de incapacidad *sui generis*, que impide seguir realizando operaciones comerciales dentro de un contrato basado en la confianza, que resulta destruida por la quiebra, y porque, en virtud de ésta, todas las obligaciones son exigibles, lo que resulta incompatible en un contrato continuado, en el que las obligaciones se encandenan hasta arrojar un resultado final.

Desde luego que, además de estas causales específicas, rigen las causales generales, referentes a todos los contratos, como son el error o la violencia, que vician las obligaciones entre las partes.

9. LIQUIDACIÓN DE LA CUENTA CORRIENTE

Producida la clausura, que pone fin a las operaciones referentes a las remesas, se pasa a la etapa de la liquidación de la cuenta. Se trata de un acto jurídico contable, que mediante la confrontación de las partidas de «debe» y «haber», y las operaciones de adición y sustracción, determinan el activo, que, al ser reconocido, constituye el «saldo». Es en ese momento, en virtud de la compensación que se produce, que se determina la persona del acreedor y del deudor (art. 577).

La Corte Suprema ha establecido que no puede cobrarse por la vía ejecutiva el saldo que arroja una cuenta corriente mercantil no cerrada, porque conforme al art. 577 del C. de C. ninguno de los interesados es acreedor o deudor del otro, antes de que dicha cuenta corriente se cierre (Ejecutoria de 27 de junio de 1911. Cuaderno Nº 124-1911, *AJ*, 1911. p. 152).

10. DETERMINACIÓN DEL SALDO

El saldo debe ser objeto de reconocimiento extrajudicial, o judicialmente. Antes no hay posibilidad de hacerlo efectivo.

En la práctica, quien se considera acreedor hace la liquidación y la remite a la otra parte para su aprobación. De no producirse ésta, habrá que solicitarla judicialmente.

La Corte Suprema ha resuelto que el reconocimiento ficto del saldo de una cuenta corriente no convierte en exigible dicho saldo si no se ha cumplido con las normas específicas que regulan este contrato, y que para que exista fianza solidaria debe llenarse los requisitos que exige el art. 1776 del C.C. (Ejecutoria de 13 de julio de 1973. *RJP*, Nº 356, p.1120).

También ha resuelto: a) que los saldos de las cuentas corrientes mercantiles sólo tienen mérito ejecutivo cuando son previa y judicialmente reconocidos. Asimismo, que el saldo sólo es exigible desde su aceptación (Ejecutorias de 30 de abril de 1932. *R. del F.*, Nº 1 al 12. 1932, p. 75, de 2 de diciembre de 1941; *R. de los T.*, 1942. p. 61); b) que el saldo definitivo debe ser aceptado por el correntista deudor y su fiador, y que no existiendo saldo exigible por no concurrir la aceptación puntualizada anteriormente,

resulta improcedente la acción ejecutiva (Ejecutoria de 16 de junio de 1972, *Bol. Jud.*, Nº 2, de 31 de julio de 1972, p. 104); c) que no tiene valor legal la cláusula de una escritura pública en la que se estipula que el saldo tiene mérito ejecutivo sin necesidad del reconocimiento previo que determina la ley (Ejecutoria de 17 de julio de 1929, *R. del F.*, p. 186); d) que no procede la ejecución para el pago del saldo sin estar aprobado expresamente por el deudor (Ejecutoria de 28 de setiembre de 1933. *R. de los T.*, p. 325); e) que no prestan mérito ejecutivo las copias de una cuenta corriente que no están reconocidas por el deudor (Ej. de 12 de agosto de 1936, *R. de los T.*, p. 334); f) que estando de manifiesto que no hubo saldo efectivo autorizado por el demandado, que acredite el monto exigible de una deuda, no progresará la acción ejecutiva (Ejecutoria de 12 de dic. de 1942, *El Peruano* de 24 de mayo de 1943, p. 4); g) que apareja ejecución la letra protestada por falta de aceptación y que representa el saldo mencionado (Ejecutoria del 25 de octubre de 1944, *RJP*, p. 1046).

No indica el Código cuál es el plazo dentro del cual debe otorgarse la contestación si no estuviere previsto por las partes. Por otra parte, no es posible considerar aquel que le corresponde a una cuenta corriente bancaria porque se trata de un contrato distinto, según se verá más adelante. Como se ha dicho, el art. 62 del C. de C. fija un plazo de diez días para cumplir las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones del Código, si produjesen acción ordinaria, y al día siguiente, si aparejasen ejecución.

El art. 578 establece que la acción para solicitar el arreglo de la cuenta, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente declarado, o la notificación por errores, omisiones o partidas extrañas o indebidamente llevadas al débito o al crédito, o por duplicación de partidas, prescribe a los cinco años de haberse pasado la cuenta o aceptado el saldo de ella. Esto no quiere decir que en tanto no transcurra ese lapso no puede exigirse que se dé conformidad a los estados periódicos, pues para este efecto el plazo mencionado resultaría muy largo.

La Corte Suprema ha resuelto que el término para la prescripción de las acciones provenientes del contrato de cuenta corriente empieza desde la fecha en que aparece cerrada, sin que pueda interrumpirlo la omisión del acreedor de no haberlo comunicado oportunamente (Ejecutoria de 30 de noviembre de 1935. *R. de los T.*, 1935, p. 439); y que es fundada la excepción de prescripción que se oponga a la acción interpuesta para hacer efectivo el saldo de una cuenta corriente, después de transcurrido el término fijado por el art. 578 del C. de C. (Ejecutoria de 29 de abril de 1947. Exp. Nº 2867-46-Ica. *RJP*, Nº 42-43, p. 465).

Debe señalarse que en el mismo período prescriben los intereses del saldo, siempre que sean pagaderos por años o en períodos más cortos. Como se ha visto, el saldo es productivo de intereses (art. 572) y puede ser garantizado con fianza, prenda o hipoteca. La prenda y la fianza tendrían carácter mercantil, para garantizar una operación de este género (arts. 315 y 430 del C. de C.).

La Corte Suprema ha resuelto en el sentido de que la fianza puede abarcar obligaciones futuras; y, en todo caso, los derechos y obligaciones del fiador pasan íntegramente a sus

herederos. Los sucesores del fiador se hallan obligados por el saldo en el momento de su clausura, en la misma medida en que respondería su causante si viviese (Ejecutoria de 2 de julio de 1935, *R. del F.*, p. 679). Que el contrato de fianza se interpreta restrictivamente. El fiador no está obligado a pagar el exceso sobre la cantidad prevista en el contrato (Ejecutoria de 29 de mayo de 1936, *R. del F.*, p. 229). Que la preferencia de pago del saldo garantizada con hipoteca, se limita a la suma concedida para el giro en descubierto; que el importe de las letras descontadas que exceden de la suma fijada, no es crédito preferente, sino común, meramente quirografario, desde que se acredita con la letra y su protesto y no con la escritura (Ejecutoria de 15 de mayo de 1915. *R. del F.*, p. 227).

CAPÍTULO XV
CUENTA CORRIENTE BANCARIA

1. Concepto. 2. Depósito en cuenta corriente. 3. Obligaciones de las partes. 4. Apertura y terminación de la cuenta.

1. CONCEPTO

El Código de Comercio no define este contrato, que, no obstante denominarse «cuenta corriente», no puede confundirse con la cuenta corriente mercantil, pues no se dan las notas de la indivisibilidad de las remesas incluidas en la cuenta; ni se producen los efectos compensatorios; ni está en la intención de los contratantes concederse créditos, sino que el cliente y el banco acuden a este contrato para facilitar, normar y encauzar sus relaciones comerciales.

Las disposiciones que la regulan se encuentran en la Ley Nº 26702, la misma que en algunos casos deroga las disposiciones del Código de Comercio sobre esta materia y en otras las abroga. Asimismo, la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros Nº 089-98 de 15 de enero de 1998, ha aprobado el Reglamento de Cuentas Corrientes, el que contiene disposiciones respecto a la apertura y cierre de las mismas, y en lo que se refiere al cierre de cuenta corriente se modifico en virtud de la resolución SBS Nº 022-2001 del 16 de enero de 2001.

La Ley Nº 26702 define a la cuenta corriente bancaria como un contrato en virtud de la cual una empresa se obliga a cumplir las órdenes de pago de su cliente hasta por el importe de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado, esto último en el caso de las empresas autorizadas para conceder sobregiros.

En el fondo hay un depósito y por eso es que se habla de «depósito en cuenta corriente», no obstante que en algunos casos el cliente no inicia la relación con el

banco haciendo la imposición de fondos, sino que el banco abre un crédito para ser usado como depósito en la cuenta.

El contrato se utiliza a la vez como una forma de custodia y como un servicio de caja que efectúa el banco en beneficio del cliente, con cargo a efectuar liquidaciones periódicas.

Este contrato puede revestir tres formas:

- *Depósito en cuenta corriente*, si el cliente efectúa depósitos en la cuenta, resultando el banco en la condición de deudor.
- *Apertura de crédito en cuenta corriente*, en la que el banco conviene en conceder un crédito que se utiliza a través de una cuenta corriente, no habiendo hecho el cliente imposición alguna.
- *Apertura de crédito y depósito en cuenta corriente*, en la que se combinan las dos formas anteriores: el cliente efectúa imposiciones y el banco lo autoriza a girar sobre determinada cantidad.

En los tres casos el cliente puede retirar los fondos disponibles mediante los cheques que el banco le ha entregado en los talonarios respectivos o que lo ha autorizado a confeccionar.

Mediante esta forma de contrato se establece un sistema de contabilidad que permite apreciar el desenvolvimiento de dos contratos: el depósito efectuado por el cliente, en virtud del cual es acreedor del banco y la apertura de crédito, que coloca al banco en la condición de acreedor.

La existencia del contrato de cuenta corriente se acredita por cualquier medio de prueba admitido por la ley, excepto la declaración testimonial (art. 226 de la Ley Nº 26702), aplicándosele en forma supletoria las disposiciones generales que sobre contrato contiene el Código Civil.

Esta misma ley, en su artículo 227, considera que se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta para su establecimiento, así como de las operaciones que se efectúe con las mismas.

No es consustancial a la cuenta corriente la entrega al cliente de un talonario de cheque. La disposición de los recursos disponibles en la cuenta corriente puede efectuarse mediante la celebración de un pacto autónomo de cheque o a través de otros pactos (art. 226 de la Ley Nº 26702).

La Corte Suprema, en ejecutoria de 4 de junio de 1934, ha resuelto que el abono que hace un banco, con carácter provisional, en la cuenta corriente de sus clientes, de los valores en cobranza que se le entreguen, no permite girar sobre su importe mientras dichos valores no se hayan hecho efectivos (*R. de los T.*, p. 158).

2. DEPÓSITO EN CUENTA CORRIENTE

Es un depósito irregular, no confundible con el mutuo. El depositante no tiene la intención de conceder un préstamo, sino de entregar su dinero en custodia con la facultad de exigir su restitución en cualquier momento, salvo que se hubiese señalado un plazo para la devolución, caso en el cual se pactan intereses.

En el primer supuesto, se trata de depósitos a la vista, que comporta para el banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento en que éste lo exija.

El depósito tiene el carácter de irregular, o sea, que la propiedad pasa al banco, quien únicamente se obliga a tener a disposición del depositante una suma igual a la recibida.

El código (art. 579) aludía a las dos formas básicas del contrato: cuando hay provisión de fondos porque el cliente los ha depositado, y cuando el banco, con garantía o sin ella, hace adelantos de dinero, criterio que mantiene el artículo 225º de la Ley 26702.

Las sumas que se van depositando por el cliente son objeto de anotación en formularios, uno de cuyos ejemplares retiene el banco y el otro entrega al cliente como constancia del depósito, debiendo constar la fecha en que éste se efectúa, las sumas correspondientes, anotando en sus libros, además, las fechas en que se verifiquen las extracciones mediante los cheques.

La Corte Suprema ha establecido que los bancos notificados judicialmente para retener o trasladar fondos de sus correntistas no serán responsables en caso de que estas medidas afecten a persona distinta de la demanda, homónima de ésta, máxime si el banco puso oportunamente el hecho en conocimiento de su correntista, porque no hay ni puede haber culpa en el cumplimiento de un mandato judicial (Ejecutoria de 26 de Setiembre de 1927. *R. del F.*, p. 423). Asimismo, que cuando un banco recibe un cheque al portador girado contra otra institución bancaria, que no es pagado por aviso del girador a quien le fue sustraído, proceden las excepciones de personería e irresponsabilidad que deduzca el girador al ser ejecutado por el banco tenedor del cheque (Ejecutoria de 31 de agosto de 1929. *R. del F.*, p. 193). Ha resuelto también que cuando el endoso de un cheque a un banco se ha hecho por sus dos tenedores, aunque haya sido impuesto en cuenta corriente por uno solo, por este acto no se transfiere la propiedad a este único (Ejecutoria de 5 de noviembre de 1936, *AJ.*, p. 180; *R. de los T.*, p. 428 y *R. del F.*, p. 752).

3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El cliente está obligado a no usar otro medio para retirar los fondos que los cheques respectivos, a conservar los talonarios en lugar seguro para evitar pérdidas o sustracciones y a cumplir las condiciones que van impresas en aquéllos.

Si se trata de los casos en que se le concedió crédito en cuenta corriente o se le autorizó el sobregiro, está obligado a pagar el saldo que adeudare.

El banco, por su parte, está obligado a informar periódicamente a sus clientes respecto de su estado de cuenta. La ley no señala un período determinado (art. 226 de la Ley Nº 26702), lo usual es que sea mensual; el mencionado estado se dará por aceptado si en el término de treintas días siguientes a su recepción no es materia de observación.

La Corte Suprema ha resuelto que el cargo que hace un banco de uno de sus deudores solidarios extingue la obligación a su favor, no pudiendo, mediante un extorno, abonar su importe en la cuenta corriente de éste para cargárselo a la de otro de los deudores solidarios (Ejecutoria de 9 de enero de 1973. *RJP*, Nº 352, p. 492). Ha resuelto también que, observado el saldo dentro del plazo legal correspondiente, no puede considerarse como definitivo y exigible y de consiguiente cobrarse en la vía ejecutiva (Ejecutoria de 20 de marzo de 1973. *RJP*, Nº 354, p. 837).

4. APERTURA Y TERMINACIÓN DE LA CUENTA

La Resolución SBS Nº 089-98, modificado por la Resolución SBS 022-2001, reglamenta la apertura y el cierre de la cuentas corrientes.

En lo que respecta a la apertura, la cuenta corriente debe ser nominativa, pudiendo aperturarlas las personas naturales o jurídicas; no se acepta cuentas anónimas, con nombres ficticios inexactos o exclusivamente con códigos; esta cuenta deberá abrirse en las empresas del sistema financiero autorizadas a recibir depósitos a la vista. La prohibición se fundamenta en la necesidad de las empresas de conocer a su cliente, así como de identificar transacciones financieras sospechosas.

En lo que se refiere a los requisitos para la apertura de la cuenta, se encuentra, entre otras: a) la referencia de dos personas sobre la idoneidad moral y económica del solicitante; se puede prescindir de este requisito cuando el solicitante, a juicio de la empresas y bajo su responsabilidad, reúna dichas condiciones; b) los documentos que a criterio de las empresa acrediten un nivel de ingresos suficientes para mantener una cuenta corriente; c) tener domicilio perfectamente individualizado y determinado en el país; no se considera domicilio los lugares ubicados en el extranjero, ni las casillas postales.

La cuenta se cerrará por iniciativa de la empresa o el cliente, sin embargo, la empresa puede negarse a cerrarla en el caso que la misma mantenga saldo deudor o que el cliente tuviese obligaciones de pago pendiente con ésta, según lo dispone el art. 228 de la Ley Nº 26702.

La cuenta corriente puede también cerrarse por el giro de cheques sin fondos (T. II, Nº 135).

La Corte Suprema ha establecido que los saldos deudores o acreedores de la cuenta corriente sólo serán definitivos y exigibles como cantidad líquida cuando no hubieren sido observados dentro del plazo que fija el art. 581 del C. de C. y que no cabe procederse a un nuevo cierre cuando se acredita con fecha anterior y que incluso fue observado el saldo en

esa oportunidad (Ejecutoria de 20 de marzo de 1973. *Bol. Jud.*, Nº 8-10, 1973, p. 352); que, cerrada una cuenta corriente bancaria, la ejecución está expedita por el saldo deudor existente a la fecha del cierre y cuyo importe se indica en la carta notarial respectiva (Ejecutoria de 2 de julio de 1971. *RJP*, Nº 330, p. 919).

Es de advertir que, por dicho saldo, podrá el acreedor, que puede ser el banco o el cliente, girar una letra a la vista, expresando en ella el motivo de giro, o sea el saldo impago, y que si no fuera pagada, el protesto dará lugar a la acción ejecutiva (art. 228 de la Ley Nº 26702).

La Corte Suprema ha resuelto: a) que los perjuicios moratorios que se derivan del incumplimiento de un contrato de cuenta corriente bancaria se reparan con los intereses estipulados o, en su defecto, con el interés legal (Ejecutoria de 26 de agosto de 1971, *El Peruano*, de 27 de marzo de 1973); b) que no es suficiente, para que proceda la acción ejecutiva, aparejar con la letra protestada sino que deben acreditarse los hechos a que se refieren los arts. 580 y 581 del C. de C. (Ejecutoria de 10 de noviembre de 1971. *RJP*, Nº 334, p. 1385); c) que la ejecución debe aparejarse no sólo con la letra protestada, sino con las cartas correspondientes (Ejecutoria de 27 de marzo de 1972. *RJP*, Nº 338, p. 350); d) que constituyendo el saldo definitivo un capital productivo de intereses, procede cargar el devengado desde la fecha del cierre, en la letra que puede girar al acreedor conforme al art. 581 del C. de C. (Ejecutoria de 23 de julio de 1947. *AJ*, p. 105); e) que la letra girada por el saldo no apareja ejecución si el giro se hace antes de los treinta días (quince días, según la Ley Nº 26702) que para observar la cuenta concede la ley al deudor que reside en el lugar en que está establecido el banco (Ejecutoria de 28 de junio de 1911. *AJ.*, p. 154; f) que procede la acción ejecutiva para el cobro de una letra protestada por falta de pago, si se expresa en ella que su valor es el saldo de una cuenta corriente bancaria (Ejecutoria de 31 de mayo de 1915. *R. del F.*, p. 230); g) el artículo 307 del D. Leg. Nº 770, que modifica el artículo 581 del Código de Comercio, dispone que el saldo deudor de una cuenta bancaria cerrada, cualquiera que fuere la parte que hubiere tomado la decisión, continuará devengando los intereses pactados en tanto no se gire la letra de cambio a que se refiere el tercer párrafo del indicado dispositivo del C. de C., por lo que la no coincidencia entre el monto de la letra de cambio y el saldo señalado en la carta notarial, no es razón para no admitir la demanda ejecutiva (Sentencia de Vista de la Cuarta Sala de la Corte Superior de Lima, de 8 de noviembre de 1995. Exp. Nº 1792-95, Marianella Ledesma Narváez, *Ejecutorias*, Lima, Legrima, 1996, T. 3, p. 324).

En cuanto a la tasa del interés, ninguna de las partes puede formular más exigencias que las establecidas en la ley.

SECCIÓN II

CONTRATOS MODERNOS

CAPÍTULO XVI
CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

1. Antecedentes. 2. Definición y función económica. 3. Características. 4. Objeto del contrato. 5. Formas de actuar. 6. Partes del contrato. 7. Prestaciones a cargo de las partes. 8. Causas de extinción del contrato.

1. ANTECEDENTES

La regulación de la agencia mercantil, bien desde el punto de vista del agente, o bien como figura jurídica contractual, es relativamente reciente en el mundo del derecho.

El agente surge como resultado de otras modalidades de actuar en la actividad comercial y empresarial, como los comisionistas, los mediadores y los auxiliares de comercio.

De los comisionistas tomó el carácter de comerciante autónomo, de los mediadores su actividad mediadora y de los auxiliares de comercio su característica de permanencia.

El antecedente inmediato de los agentes de comercio fue el agente viajero dependiente de su principal.

El comerciante ve la necesidad de ampliar su radio de acción de una manera más estable y duradera, necesidad a la cual no responden los agentes viajeros que venían desempeñando la actividad de mantener y buscar mercados. Colocar entonces empleados dependientes en cada uno de esos lugares donde surgían necesidades de comercio, tampoco parecía ser lo más conveniente, ni lo más económico. Surge así la figura del comerciante autónomo, que sirve de puente entre el empresario y ese mercado. La retribución de ese comerciante se hace

en proporción a las utilidades de su gestión, con lo que se procura un incentivo para el agente.

En el Perú el D. L. Nº 18353, a su vez derogado por el D. Leg. Nº 211, dejó sin efecto los arts. 88 a 115 del Código de Comercio, que se refería a: «De los agentes mediadores de comercio y de sus obligaciones respectivas». De otro lado, el Código de Comercio denominaba agentes mediadores de comercio, a los agentes de bolsa y martilleros públicos, denominación que varía con la dación de la ley de la CONASEV. La Ley Nº 17020 y el D. L. Nº 18302, que innovan la legislación bursátil, los denominó como «agentes colegiados de bolsa» o «martilleros públicos», en su caso.

Unos países reglamentan la materia desde el punto de vista subjetivo, concretándose en la figura del agente de comercio, otros, desde el punto de vista contractual, y regulan el contrato de agencia mercantil, como es el caso de Italia y Francia.

Existe siempre una preocupación por darle una existencia autónoma al contrato de agencia mercantil.

La legislación española regula en su Código de Comercio a los agentes de cambio y bolsa y los corredores de comercio, empleando la palabra «agente» en un sentido impropio, y presenta un gran vacío al no regular el contrato de agencia mercantil. Garrigues califica al contrato de agencia mercantil como un contrato mixto, pues le encuentra elementos de otros tipos legales como son el contrato de servicios y el contrato de comisión.

En la legislación italiana el código de 1942 no define al agente, sino al contrato de agencia, el cual contempla como una figura autónoma completamente independiente de otras figuras contractuales, sobre la cual incluyen los comentaristas italianos, como elementos esenciales, el hecho de conferir una parte y aceptar la otra, un encargo estable, y su ejecución a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma; el objeto del encargo consiste en promover la conclusión de contratos y la retribución en favor del agente.

El código suizo regula el contrato de agencia y define al agente como «aquel que asume de manera permanente el compromiso de gestionar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en nombre y por cuenta de éstos, sin estar ligado a ellos por un contrato de trabajo». Indudablemente, coloca el contrato de agencia dentro del ámbito del mandato.

El contrato de agencia mercantil es un contrato atípico, que presenta una naturaleza jurídica diversa, por gozar de semejanza con otras figuras contractuales.

2. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN ECONÓMICA

Es un contrato por medio del cual un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar en un determinado

ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios de los productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se llama «agente».

La función del agente mercantil es: a) económica; b) de mediación; c) informativa; d) de gestión y representación; y e) promocional.

La función de estos agentes es esencialmente comercial, se dedican a mediar y a facilitar las ventas.

Constituyen una fuente informativa del comerciante en la zona en la que operan. Para los empresarios extranjeros que desconocen el medio donde pueden actuar se constituyen en agentes que cumplen formalidades aduaneras y administrativas, actuaciones judiciales, cobro de cartera, registro de marcas, etc.

3. CARACTERÍSTICAS

a) *Contrato empresarial:* Es un contrato celebrado entre empresarios mercantiles. Con ello se expresa el carácter de empresario autónomo que tiene el agente.

No se presenta subordinación entre el empresario y el comerciante auxiliar, no obstante que éste realiza una actividad que interesa al primero.

La nota de autonomía que acompaña al agente le sirve para diferenciarlo del trabajador subordinado. Ambos pueden actuar por cuenta ajena, pero siempre el trabajador tiene la subordinación al empresario.

En el derecho alemán se ha recurrido a otros criterios distintivos, como es el caso de la organización. En efecto el agente crea una organización independiente de la empresa que va a auxiliar.

b) *Es un contrato de duración:* Conlleva una estabilidad del agente propia de la función económica que ofrece la figura contractual.

Esta característica nos lleva a distinguir el contrato de agencia de otras figuras contractuales, como la comisión y el corretaje.

Hacer coincidir la oferta y la demanda, establecer el contacto entre los interesados y permanecer ajeno a la celebración y ejecución del contrato, es lo que caracteriza al mediador o corredor; en muchas de las ocasiones es la labor que desempeña el agente, sólo que la nota de duración le da una naturaleza jurídica propia, distinta a la del corredor, quien sólo actúa en forma esporádica y transitoria.

En la doctrina los contratos de duración se dividen en contratos de ejecución inmediata, diferida, continuada y aquellos de ejecución periódica.

El contrato es de ejecución inmediata cuando la prestación comienza a ejecutarse a partir de la celebración del contrato.

El contrato es de ejecución diferida cuando se posterga el momento de iniciación de la ejecución.

Es contrato de ejecución continuada aquel en que la obligación contractual da lugar a una prestación que, siendo una sola, se ejecuta ininterrumpidamente, dura todo el plazo del contrato por estar destinada a satisfacer una necesidad duradera y continuada.

El contrato es de ejecución periódica cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter que deben ejecutarse periódicamente durante la vigencia del contrato por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica.

c) *Es un contrato cuyo objeto es la promoción o explotación de negocios de un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional*: Esta es la actividad principal del agente, «promover o explotar», y puede llevar unida o no la facultad de concluir los negocios que promueva.

Con el término de la palabra «encargo» nos estamos refiriendo siempre a negocios obligacionales mediante los cuales se gestionan intereses ajenos. Esta nota lo hace que se le clasifique dentro del grupo de contratos en los que se implica la gestión de intereses ajenos.

El agente realiza su labor de promoción dentro de una zona territorial determinada.

d) *Contrato obligacional:* La prestación del agente conlleva una obligación de hacer. El encargo se presta con independencia y profesionalidad. El agente recibe una retribución económica. Su actuación es por cuenta e interés del agenciado.

e) *Es un contrato con libertad de forma:* No se exige una formalidad especial. No se requiere sino del consentimiento para que éste se perfeccione.

f) *Es un contrato de prestaciones recíprocas:* Existen obligaciones a cargo de ambos contratantes, lo que no necesariamente significa equivalencia. Cada una de las prestaciones está en función de la otra, aunque una de ellas deba ejecutarse en primer lugar. El agente debe promocionar el negocio del agenciado, y el agenciado pagar la retribución en la medida de la celebración de contratos. Existe prestación y contraprestación, sino que la prestación a cargo del agenciado está diferida, esto es, se da en segundo lugar.

g) *Es un contrato conmutativo:* La entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la otra parte si la hubiera.

h) *Es un contrato complejo:* Es común que exista dentro del contrato, el agenciamiento y el acto de apoderamiento, detallando las facultades de representación del agente.

i) *Es un contrato intuitu personae:* Se tiene en cuenta la solvencia técnica y moral, su influencia en la zona de actuación, su clientela local su capacidad financiera y crediticia, su organización empresarial, su conocimiento del mercado zonal, su experiencia en la vida de los negocios, factores que van unidos al hecho de que el agente actúa en su propio nombre y bajo su propio riesgo.

4. OBJETO DEL CONTRATO

a) Promover: El encargo de promover implica que el agente no tiene que realizar acto jurídico alguno, ni preparativo siquiera, su función como mediador auxiliar puede agotarse con la mera actividad promocional. Si ésta es la función, el agente no tiene que esperar «encargos» concretos del empresario, sino que debe promover todos los negocios posibles dentro de un determinado ramo. El agente como conocedor del mercado sabe en qué forma orienta la publicidad, gasto que obviamente corre por cuenta del empresario.

Caracteriza esta modalidad de la agencia una actividad encaminada a buscar clientes, a inducirlos a contratar o a invitarlos a que hagan propuestas. Es una labor preparatoria que si quisiéramos buscar parecidos con otras figuras contractuales las encontraríamos en el contrato de obra, o el arrendamiento de servicios o en la mediación, pero nunca en el mandato.

b) Conclusión de negocios: La actividad del agente puede ir más allá de la simple promoción que es la actividad principal, y concluir los negocios promovidos actuando como mandatario del empresario, o como representante de él, es decir, actuando por cuenta y a nombre o simplemente por cuenta del empresario pero a nombre propio, indicándole o no a los terceros que es mandatario de determinado empresario.

c) Fabricación y distribución: Además de la promoción o explotación, de los cuales no puede prescindirse en el contrato de agencia, pues es la actividad principal, puede el agente encargarse de la fabricación o distribución de uno o varios productos del empresario. Es claro que en este punto de la fabricación estaría el agente realizando verdaderas actividades materiales, lo cual acerca la agencia a la naturaleza jurídica de un contrato de obra, y si se involucra la actividad de distribución se acerca a la compraventa o al contrato de suministrador.

5. FORMAS DE ACTUAR

Cuando a la actividad del agente se une la de actuar como mandatario con o sin representación, se está actuando por cuenta ajena, como que así lo exige el contrato de mandato.

Para dar respuesta sobre el ámbito de las actividades que puede desempeñar el agente es necesario precisar la comprensión del término «obrar por cuenta ajena». Para Minervini la fórmula «por cuenta ajena» revela su origen contable en el ámbito de las relaciones comerciales: un comerciante que obre por cuenta de tercero, abre una cuenta y anota las partidas activas y pasivas relativas al negocio, acreditando o adeudando al titular de la cuenta el saldo activo o pasivo. El núcleo jurídico que el citado procedimiento envuelve consiste en la desviación del resultado de la actividad de una persona a otra.

Tenemos que se obra por cuenta ajena cuando el resultado de la actividad se adquiere por tercera persona.

En este orden de ideas, podemos admitir que cuando el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa estar actuando por cuenta ajena, pero no queriendo con ello configurar que siempre sea un mandatario, pues aunque siempre en el mandato se obra por cuenta ajena, no es su único elemento calificante, como tampoco el obrar por cuenta ajena sea de su propiedad, al punto de significar que siempre que así se obre habrá un mandato.

6. PARTES DEL CONTRATO

a) El agente: El agente es el empresario que está encargado de manera permanente, en una zona geográficamente determinada, de promover el negocio de otro empresario, con la finalidad de celebrar contratos en nombre y por cuenta ajenos. Si bien obra con independencia, debe atenerse a las instrucciones del agenciado, y recibe por su labor una contraprestación económica.

Como rasgos típicos del agente puede enumerarse: que es un empresario, que es independiente y estable, que es un intermediario comercial, que obra siempre por cuenta de otro empresario.

b) El agenciado: Es aquella personas que tiene interés en ampliar su mercado y concluir exitosamente negocios a través de la intervención de un especialista que por el éxito de esa labor percibe un lucro.

7. PRESTACIONES A CARGO DE LAS PARTES

a) Prestaciones a cargo del agente:

1) Promoción de contratos: Mediante la promoción se persigue acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado, publicitar un servicio, etc.

La prestación comprende la fase de negociación y a veces hasta la redacción de contratos.

Baldi considera que la labor fundamental del agente es la promoción de contratos en un territorio determinado y la celebración de los mismos es consecuencia de este trabajo de promoción.

2) *Actuación por cuenta del agenciado:* Si el agente no actúa por cuenta de otro no se cumple con el requisito de ser agente comercial.

3) *Cumplimiento de las instrucciones:* La labor de promoción es una labor en la cual el agente no recibe instrucciones, y se supone que no las necesita, es pues su actividad esencial.

Las instrucciones deben concernir sobre el volúmen de los negocios que debe desarrollar el agente, la producción esperada, la cantidad mínima de ventas, plazos, garantías, etc.

4) *Informar de las gestiones realizadas:* Está en la obligación de informar sobre la conveniencia o no del negocio de tal forma que el agenciado pueda adecuar su organización y producción, y obtener un mayor éxito.

Debe informar sobre las negociaciones concluidas, y sobre el perfeccionamiento de los contratos en el caso que haya intervenido como representante del agenciado.

5) *Rendir cuentas:* Debe rendir cuenta documentada y detallada de su gestión. La rendición de cuentas es una condición natural de los representantes, tan es así que en lo que se refiere al mandato, el Código Civil lo establece en su art. 1793, y el Código de Comercio en el art. 257, cuando se refiere al comisionista.

6) *Actuar con lealtad y diligencia:* Este deber de lealtad debe trascender el plazo del contrato y obliga al agente a mantener reserva de los negocios de su ex-agenciado.

7) *Facultad de dar garantías:* Cuando el agente asume obligación por cuenta de su agenciado y se convierte en deudor principal, es posible que se obligue a dar la garantía. El agente garantiza la solvencia del tercero con quien contrata el agenciado, y en esa medida el cumplimiento de la obligación. Si no cumple el tercero, cumple el agente.

b) Prestaciones a cargo del agenciado:

1) *Retribuir económicamente al agente.* En unos casos se habla de remuneración y en otros de comisión que en todo caso se denomina contraprestación.

La contraprestación se determina sobre la base de tarifas o se calcula sobre la base de la suma que el tercero tiene que pagar, y según los usos y costumbres del lugar donde ha de ejecutarse el contrato. Tiene el derecho a hacerse acreedor a esta retribución económica o contraprestación siempre y cuando su gestión haya tenido éxito, vale decir, se hayan celebrado contratos.

En la opinión de Cárdenas, autor colombiano, el derecho a la retribución nace desde que se celebra el contrato, independientemente de su ejecución, no estando condicionado a la suerte que corra el mismo. Si el contrato no se llega a ejecutar, el derecho del agente se mantendrá incólume.

La doctrina italiana considera que el derecho a la retribución nace sólo cuando el contrato ha tenido buen fin, es decir, cuando ha tenido una ejecución regular. Así, el art. 1748 del Código Civil italiano señala que: «El agente tiene derecho a remuneración sólo por los negocios que han tenido ejecución regular. Si el negocio ha tenido ejecución parcial, la comisión corresponde al agente en proporción a la parte ejecutada».

El código alemán plantea que el agente tiene derecho a la comisión por todos aquellos negocios concluidos durante la duración de la relación, que puedan ser atribuidos a su actividad o hayan sido concluidos con terceros que forman parte de su clientela para negocios similares.

2) *Asistencia e información.* Es obligación del agente brindar información para que el negocio se realice en la mejor forma para el agenciado.

8. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La terminación del contrato puede tener lugar por mutuo acuerdo de las partes, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, en algunas legislaciones, cuando se trata de contratos que tienen como característica la duración; esta falta debe ser de gravedad para que dé lugar a la resolución del contrato. Otra de las causales encontradas en la legislación comparada es la acción u omisión que afecte a los intereses de las partes, disminución ostensible del volumen del negocio encomendado al agente, de acuerdo a lo previsto en el contrato; la declaración de insolvencia, incapacidad o inhabilitación; el cumplimiento del plazo; la imposibilidad sobreviniente de ejecutar la prestación; por muerte del agenciado o del agente, si se trata de persona natural.

El agenciado también puede extinguir la relación con el agente si media justa causa. En nuestra legislación civil el preaviso está contemplado en el art. 1365 que dice: «en los contratos de ejecución continuada, que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de 30 días».

CAPÍTULO XVII
CONTRATOS ASOCIATIVOS

1. Concepto. 2. Antecedentes. 3. Definición. 4. Obligaciones de las partes.

La nueva Ley General de Sociedades se refiere a los contratos asociativos en sus artículos 438 al 448, tratando en forma particular al contrato de asociación en participación y al contrato de consorcio.

La inclusión de estos contratos en la referida ley ocasionó, entre los miembros de la comisión encargada de su elaboración, diversas posiciones; algunos sostuvieron que se mantuviera en la nueva ley por razón de tradición, además de no haber causado ningún problema al considerársele en la antigua ley; otros consideraban que una ley de sociedades no tenía por qué incluir contratos que no daban lugar a persona jurídica, incluso podían confundir la naturaleza jurídica de aquélla. Al final se acordó mantenerlos,[1] bajo cargo que cuando se concluya el Código de la Empresa o la Ley General del Empresario, cualquiera que fuera su denominación, pueda transplantarse cabalmente a éste.[2]

En este sentido, los artículos 438 y 439 de la Ley General de Sociedades (LGS) corresponden a normas generales aplicables a los contratos de asociación en participación y de consorcio, mencionados en cuanto lo sean de acuerdo a su

[1] Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentario a la Nueva Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, p. 734.

[2] La Ley Nº 26595 creó la Comisión Redactora del Nuevo Código de Comercio. En el Libro Tercero incluía como Título I a los Contratos Empresariales, dentro de los que se encuentra la Asociación en Participación, el Consorcio, el Contrato de Riesgo Compartido (*Joint Venture*) y del Grupo Empresarial (Holding). *Id.*, p. 734.

naturaleza. Los artículos 440 al 444 se refieren al contrato de asociación en participación y los artículos 445 y 446 al contrato de consorcio.

1. CONCEPTO

Los contratos asociativos pertenecen a la categoría de aquellos que la doctrina los considera como contratos de colaboración, y que no se limitan a los considerados en la LGS, encontrándose entre estos además, el *joint venture*, las uniones transitorias de empresas, el grupo empresarial, etc.

Estos contratos tienen por finalidad realizar una actividad para lograr un objetivo específico.

Los contratos de colaboración empresarial, tienen una función de cooperación entre las partes para lograr un objetivo en común, sin que esta vinculación signifique conformar una nueva sociedad, es decir, sin absorberse individualmente ni creando un sujeto de derecho distinto de ellos.

Las agrupaciones de colaboración empresarial tienden a que las empresas o empresarios individuales se asocien con el objetivo de complementar sus actividades tales como: la construcción de una obra, la provisión común de suministros, la adquisición en común de materias primas o semielaboradas, utilización conjunta de servicios, actividades de investigación y desarrollo, mecanismos de comercialización internacional de bienes, la participación conjunta en licitaciones o concursos de precios nacionales e internacionales.[3]

Una variante que pueden asumir los contratos de colaboración empresarial son las Uniones Transitorias de Empresas (UTE), las que se constituyen con una finalidad determinada y transitoria, agotando su duración con el cumplimiento del objetivo específico perseguido, a diferencia de las agrupaciones de colaboración empresarial que se constituyen por un plazo de duración determinada en el tiempo.

Cuando la asociación se realiza entre empresas competidores como es el caso de las alianzas estratégicas, se suscita el problema de si tales pactos o alianzas, válidas desde el punto de vista legal o contractual, son reprochables desde el punto de vista de las leyes antitrust o antimonopolio, o simplemente, como se las designa en la actualidad, de las normas de defensa de la competencia.

Al estudiar los diferentes modos y emprendimientos que las legislaciones y la práctica han enmarcado en las relaciones llamadas de cooperación, los autores europeos trataron de crear tres grandes categorías, las que describe Marzorati[4] con sustento en el derecho de defensa de la competencia:

---

[3] Juan Luis COLAIACOVO *et al*, *Joint Venture y otras formas de colaboración empresarial internacional, OEA-CICOM*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1992, pp. 162 y *ss.*

[4] Osvaldo J. MARZORATI, *Alianzas estratégicas y joint venture*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 265 y 266.

a) *Los acuerdos de cooperación.*- Son toda forma válida en virtud de la cual dos o más empresas, manteniendo su independencia jurídica, realizan una actividad conjunta, por ejemplo, la promoción, la información (por medio de oficinas comunes que centralizan informaciones sobre el mercado), la exhibición conjunta o la organización de ferias comunes de la actividad, o el desarrollo de etiquetas comunes o la estandarización de calidades comunes.

b) *Las empresas conjuntas.*- Todo acuerdo contractual entre dos o más empresas en las que se realiza una actividad conjunta, pero en la que existen formas embrionarias de cogestión o comités comunes u oficinas de enlace u otras formas, en virtud de las cuales la política de la actividad conjunta es dictada por los representantes de la empresa misma, pudiendo o no constituir un sujeto de derecho, tales como las empresas de servicios de reparaciones o de postventa de diferentes productos, o cualquier forma de actividad de desarrollo conjunto, o de producción o comercialización.

c) *La concentración de empresas.*- Es toda unión de empresas unificadas bajo una dirección centralizada. En su forma más perfecta, dos empresas se consolidan o una absorbe a la otra u otras, con pérdida de su individualidad jurídica. La unificación se produce en forma imperfecta, en cualquier otra concentración económica, como el *konzern,* el *trust o* el *combine.*

2. ANTECEDENTE

Dentro de nuestro sistema el Código de Comercio de 1902 reguló la denominada Cuentas en Participación, llamado mas tarde por la Ley Nº 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, contrato de asociación en participación, contenido en sus artículos 351 al 359, y recogido por la nueva Ley General de Sociedades.

Los artículos 438 y 439 de la actual LGS establecen las condiciones generales de los contratos asociativos, para posteriormente regular los caracteres particulares de los dos que contiene.

Las partes tienen la libertad de pactar los términos de cada contrato, asimismo pueden considerar otras formas de colaboración empresarial no contempladas en la ley, lo que da lugar a un contrato atípico.

Nada impide, señala Elías Larosa, que las partes celebren contratos asociativos que pueden no adecuarse a los esquemas de la asociación en participación o del consorcio si así lo desean. Ellos serán contratos asociativos innominados y atípicos.[5]

---

[5] Enrique ELÍAS LAROZA, *Ley General de Sociedades. Comentada,* Editorial Normas Legales, Trujillo, 1998, p. 892.

3. DEFINICIÓN

El artículo 438 de la LGS define el contrato asociativo como aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas en interés común de los intervinientes.

Añade este artículo que el contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeta a inscripción en el Registro.

Las características de estos contratos, según la definición contenida en la ley, son las siguientes:

a) No da lugar a la creación de una persona jurídica.

b) Los intervinientes persiguen un interés común.

c) Regula las relaciones de participación e integración.

d) El contrato debe de constar por escrito, y no requiere de inscripción en el Registro.

4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El artículo 439 se refiere a la obligación que asumen las partes de efectuar las contribuciones, las que tienen un carácter esencial para la constitución del contrato, las que podrán ser en dinero, bienes o servicios, según lo establecido en el contrato. En el caso que no se indique el monto de la misma, la Ley señala que este deberá ser el necesario para la realización del negocio o empresa, estableciendo como criterio que sea en proporción a su participación en las utilidades.

Se trata de contribuciones, concepto utilizado en la Ley de Sociedades Mercantiles, y no de aportes, en razón que la propiedad no se transfiere, la titularidad sigue perteneciendo a los contratantes.

La oportunidad de la entrega de las contribuciones deberá ser determinada en el contrato, sin embargo, a defecto de ello rigen las normas, en cuanto le sean aplicables, establecidas en la LGS, en sus artículos 22 a 30.[6]

[6] Los artículos 22 al 30 de la LGS comprenden la obligación del socio de aportar por lo que hubiese comprometido, las acciones contra el socio moroso, los aportes podrán ser: dinerarios, no dinerarios (muebles e inmuebles), y de títulos valores o documentos de crédito a su cargo, la valuación de los aportes no dinerarios, el saneamiento de los aportes, el riesgo de los bienes aportados y la pérdida del aporte antes de su entrega.

A. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

1. Concepto. 2. Antecedentes históricos. 3. Formalidades. 4. La personalidad jurídica y la asociación en participación. 5. Principales caracterísitcas. 6. Aportes del asobiado. 7. Administración. 8. Pérdidas y ganancias. 9. Relaciones entre los miembros de la asociación y con terceros. 10. Término y liquidación de la asociación. 11. Quiebra del asociante y del asociado.

1. CONCEPTO

El art. 440 de la LGS contiene las notas que caracterizan a las asociaciones en participación. Es éste un contrato en virtud del cual una persona denominada asociante conviene con otra llamada asociado para participar en la proporción que ambos acuerden en el resultado de las utilidades o en las pérdidas de uno o varios negocios o empresas del asociante, a cargo de determinada contribución, por parte del asociado.

Como puede apreciarse, se trata de una forma asociativa que persigue una finalidad semejante a la de la sociedad, pero que no puede confundirse con ésta. Tiene en común con la sociedad el propósito de obtener beneficios, que animan a quienes la forman, lo que ha llevado a algunos autores como Ripert a expresar que es impropio denominarlas como asociaciones. Pero como no reúnen los elementos mínimos indispensables de la sociedad, sería igualmente impropio asignarles esta denominación.

Las notas esenciales de la asociación en participación que la configuran y las diferencian de las sociedades son las siguientes:

a) No se revela a los terceros, es un pacto oculto entre los asociados;

b) No está sujeta a formalidades de publicidad;

c) El asociado contrata con los terceros en nombre personal, actuando a nombre propio;

e) No se constituye una nueva persona jurídica;

f) La colaboración económica o capitalista no da lugar a la formación de un fondo patrimonial común;

g) Falta una razón comercial común pues el negocio continúa perteneciendo al gestor.

En cuanto a que si la asociación en participación puede considerarse como una verdadera sociedad, la doctrina está divida, para algunos es una clase particular de las sociedades, para otros, por el contrario, es un contrato afín a la sociedad mercantil pero que se distingue esencialmente de ella.

Es cierto, señala Mantilla Molina,[7] que en la asociación en participación faltan algunos de los caracteres que se dan en la sociedad *stricto sensu.* Así, en las demás sociedades las aportaciones forman un fondo común, y no se transmiten a una de las partes como sucede en la asociación en participación. El fondo común forma el patrimonio de una nueva persona, la sociedad, mientras que la asociación en participación carece de personalidad moral, las aportaciones se entregan al asociante, que se convierte en titular de ellas y se encarga de la realización del fin común.[8]

De otro lado, la asociación en participación difiere de otras figuras jurídicas con las que también podría confundirse. Por ejemplo, con el contrato de trabajo con participación en los beneficios, en que el empleado u obrero, partícipe en dichos beneficios, no se convierte en socio, se encuentra en una relación de subordinación o dependencia, y si bien en el caso de los gerentes con participación en los beneficios podría suscitarse alguna duda, habría que considerarle entonces la nota de la participación en las pérdidas.

Del préstamo con participación en los beneficios se distingue en que el prestamista, como acreedor que es, no participa en las pérdidas. Normalmente, no

---

[7] Roberto L. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 198.

[8] Añade Mantilla Molina que en la realidad la personalidad moral es un carácter secundario, al extremo de que la sociedad en Roma existía sin personalidad moral, y de que, aun en nuestros días, en el derecho germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella; tampoco la tienen en Italia, conforme al *Código Civile* de 1942, la sociedad simple, la colectiva ni la comandita; lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo denominado *partnership.* Así, pues, no puede considerarse como un carácter esencial de la sociedad la existencia de la personalidad moral; tampoco lo que es el fundamento de ésta: la existencia de un fondo común, que constituye su patrimonio. La falta de esos caracteres en la asociación en participación no permite negarle de manera absoluta el carácter de sociedad, aunque sí marca una clara línea de diferenciación entre este tipo de sociedad y las demás sociedades mercantiles. *Id.* p. 198.

ejerce ningún control sobre el empleo del capital prestado ni sobre la obtención de los beneficios.

De los contratos de mandato y comisión, en los que puede haber participación en favor del mandatario o del comisionista, difiere en que falta la intención de asociarse.

En general, el elemento afectivo, la *afectio societatis* y el *ius fraternitatis*, imprimen su verdadero carácter al consentimiento que determina la existencia del contrato de asociación en participación.

La existencia del elemento afectivo y el carácter personal del contrato origina que sin el consentimiento del asociado, el asociante no puede atribuir participación para la misma empresa o para el mismo negocio a otras personas, según lo dispone el art. 442 de la LGS.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es probable que las cuentas en participación hayan existido siempre como un tipo de sociedad, al lado de la común o primitiva.

Lo que parece indiscutible es que el origen del contrato sea el pacto de *commenda*, del cual derivaron tanto la sociedad comanditaria, en la que el socio capitalista se revela al exterior como partícipe del negocio, como la asociación en participación, en la que el capitalista permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad, por tanto, frente a ellos. No hay firma social, el negocio se muestra externamente como un negocio industrial del comerciante; es una compañía secreta.[9]

La asociación en participación nace como figura jurídica cuando se reconoce a la sociedad como persona jurídica. Mientras la sociedad fue considerada como simple contrato no había diferencia sustancial entre ambas categorías jurídicas. El Código de Comercio francés la consideró al lado de las sociedades comerciales y siguiéndose ese modelo pasó a la legislación comercial de los demás países europeos y americanos.

El Código de Comercio peruano la consideró en la Sección Segunda del Libro II, a continuación del contrato de sociedad, con el nombre de cuentas en participación. La Ley de Sociedades Mercantiles de 1966 también se ocupó de ellas en los arts. 351 al 359, reemplazando el antiguo nombre de cuentas en participación con que las distinguía el Código de Comercio. Actualmente la nueva LGS lo norma en sus artículos 440 al 444.

---

[9] Joaquín GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, Edit. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, p. 577.

3. FORMALIDADES

A diferencia de lo establecido en el art. 233 del Código de Comercio, que permitía amplia libertad de forma para la formación del contrato, pues podía celebrarse sin ninguna solemnidad, «privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en derecho», conforme a lo dispuesto en el art. 51 del referido Código, la Ley de Sociedades Mercantiles, en su art. 353, exigió la forma escrita, lo que recoge la LGS en su art. 400, pudiendo ser escritura pública o documento privado, pero en ningún caso se obliga a la inscripción en el Registro. El contrato no requiere, pues, publicidad alguna.

4. LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

No sólo es la ausencia de un acto de publicidad lo que caracteriza a la asociación en participación, porque, como lo sostiene Hamel, toda sociedad no publicada no es una asociación en participación. Es el carácter oculto y no la ausencia de publicidad, lo que constituye el signo específico de la asociación en participación.

Tampoco esto quiere decir que el simple conocimiento que los terceros pudieran adquirir, de hecho, de la existencia de la asociación sea suficiente para hacerle perder su carácter.

De ese carácter oculto derivan varias consecuencias, siendo la principal que el asociante que contrató con los terceros lo hace siempre en su propio nombre, en forma personal, como si el negocio o la empresa fuera sólo de él, sin que los terceros tengan por qué conocer a los participantes. Sólo él se obliga frente a ellos. Por esto, los terceros tampoco adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al asociado, ni éste respecto de aquéllos. Así lo reconoce el art. 441 de la LGS.

Como se ha mencionado este carácter oculto de la asociación en participación no es suficiente para caracterizarla, asi las sociedades irregulares, colectivas o comanditarias, que no han procedido a su publicidad legal, pueden ser ocultas, sin que se les pueda considerar como asociaciones en participación.

Como la asociación en participación no constituye una persona jurídica distinta de la persona de los participantes, no tiene un patrimonio propio, ni capital social, ni razón o denominación social, conforme señala el art. 441 de la LGS.

Asimismo, no podría reclamar una sede social, atributiva de jurisdicción, ni ser declarada en quiebra. Tampoco podría emitir títulos cesibles o negociables representativos de la participación de sus miembros.

Finalmente, como carece de personalidad jurídica, no podría transformarse ni fusionarse con otras sociedades. Su transformación en una sociedad dotada de personalidad, daría lugar al nacimiento de una persona jurídica.

5. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Entre las principales características de la asociación en participación se encuentran:

a) Finalidad común a las dos partes, y por ello se considera un contrato de carácter asociativo (de ahí el nombre de asociación); una persona llamada «asociante» concede a otra u otras, que se denominan «asociados», el aporte de bienes o servicios, una participación en utilidades y pérdidas. En este aspecto, señala Barreda Graf,[10] se trata de un contrato de cambio; el asociante a quienes se otorgan y transfieren sus bienes o servicios, se obliga, a cambio de hacer partícipe a su contraparte de las utilidades y pérdidas que obtenga en la explotación de su empresa, o en la ejecución de una o varias operaciones comerciales.

b) Aportación por el asociado de bienes propios o su trabajo para la realización de la finalidad en común;

c) Participación del asociante, como contraprestación de dicha aportación, en los resultados favorables o adversos (utilidades y pérdidas) de la empresa o del negocio respectivo;

d) La gestión o administración de los bienes o servicios o de los servicios aportados corresponde exclusivamente al asociantes, quien se presenta ante terceros como dueño de los bienes o como beneficiario del trabajo prestado por el asociante;

e) Naturaleza consensual. Este contrato al ser consensual, se perfecciona por el consentimiento, sin requerirse la entrega o tradición, no es un contrato real, al existir acuerdo de voluntades entre asociante y asociado, hay obligación de cumplir lo pactado, asumiéndose a su vez responsabilidades en caso de incumplimiento.

f) *Carácter oneroso.* Lo es para ambas partes debido a que se establecen provechos y gravámenes recíprocos: para el asociante, la aportación que recibe del asociado, y para este último la participación en utilidades y pérdidas. No es gratuito porque «el provecho» no es sólo para una de las partes.

g) *Carácter aleatorio.* Debido a que las partes del contrato de la asociación en participación, al celebrarlo, no pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que cause a éste, se tratará de un contrato aleatorio, no conmutativo; en efecto, señala Barreda Graf,[11] al otorgarse la

---

[10] Jorge BARREDA GRAF, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 233.

[11] *Id.*, p. 238.

aportación, ninguna de las dos partes puede estar segura de que habrá beneficios y no pérdidas.

h) *Naturaleza mercantil.* El art. 440 de la LGS se refiere a la participación en uno o varios de los negocios o empresas del asociante. En este sentido, es acto de comercio por ser acto de empresa; pese a que se trata de un contrato mercantil, no impone la calidad de comerciante a las partes, aunque lo será si cualquiera de ellas, o ambas, son titulares de empresa y como empresarios pactan la asociación en participación.

Según Ghidini, para el derecho italiano vigente, la asociación en participación no es «una relación exclusivamente comercial».[12]

Es importante señalar la existencia de elementos esenciales para que se configure el contrato de asociación en participación tales como la aportación, el reparto del resultado, etc. La falta de éstos determina que este contrato no exista, se tratará de otro contrato, atípico e innominado entre nosotros, que en el derecho italiano se denomina de co-interés.

6. APORTES DEL ASOCIADO

El aporte del asociado consiste por lo general en una suma de dinero, y a diferencia del aporte del socio comunitario, el aporte del asociado no concurre a formar un fondo común a las partes sino que entra en el patrimonio del asociantes, quien deberá restituírselo, junto con el porcentaje de utilidades pactadas al vencimiento previsto del contrato o cuando se produzca la conclusión del negocio.

Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo con respecto al asociante (Código Civil de Italia de 1942, art. 2551), y solo a este corresponde la administración de la empresa o del negocio, mientras el asociado tiene derecho a que se le rindan cuentas de la empresa o del negocio en vista del cual efectuó su aporte, salvo que el contrato no le atribuya ulteriores derechos de control, como por ejemplo el examen de los documentos de los papeles contables de la empresa (Código Civil de Italia de 1942, art. 2552).[13]

El asociado en participación, para Galgano,[14] es un *financiador externo* de la empresa, un inversionista de capitales en la empresa ajena pero es una inversión que expone su propio aporte al riesgo de la empresa o del negocio ajeno, pues si la empresa o el negocio concreto del asociado produce utilidades, él obtendrá el porcentaje pactado de estas utilidades, pero si, por el contrario, la empresa o el

---

[12] GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Giufré, Milán, 1959. Citado por Jorge BARREDA GRAF, *op. cit.*, p. 238.

[13] Francisco GALGANO, *Derecho Comercial*, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 202.

[14] *Id.*

negocio dan pérdidas, las sufrirá también, salvo pacto en contrario, en la misma proporción en que participa en las utilidades, y llega hasta el riesgo de perder todo su aporte, si el porcentaje de pérdidas iguala su valor o lo sobrepasa (Código Civil de Italia de 1942, art. 2553).

El asociado no es necesariamente un financiador, ya que el aporte puede consistir no sólo en una suma de dinero, sino el usufructo de un bien (y en este caso, el riesgo del asociado es el de no recibir ninguna renta por el bien aportado), o también, y es un caso frecuente, en una prestación de trabajo, inclusive de trabajo de administración. El riesgo a que está expuesto el trabajador asociado es trabajar sin retribución, ya que no se le podrá considerar obligado a efectuar, desembolsos en dinero a título de participación en las pérdidas, si el aporte pactado es sólo de actividad laboral.

7. ADMINISTRACIÓN

La asociación en participación es administrada por el asociante (art. 441 de la LGS), es decir, por aquel que realiza la explotación y que es el único conocido por los terceros. Es ésta la única condición esencial del convenio. En cuanto a la extensión de los poderes, ellos pueden ser fijados libremente en el contrato. El administrador está obligado a respetar lo convenido, y a actuar con el cuidado del comerciante leal, debiendo abstenerse de todo acto de concurrencia desleal respecto a sus co-asociados.

La representación que ejerce no sólo puede hacerla valer frente a terceros sino también frente a los propios co-asociados, en representación de la asociación.

Los co-asociados a quienes no corresponde la administración no pueden inmiscuirse en los negocios comunes. De otro modo, quedarán obligados personalmente frente a los terceros.

Pero tienen el derecho de ejercer sobre los actos administrativos internos un derecho de control de acuerdo con lo estipulado en el contrato; y, en todo caso, el de exigir la rendición de cuentas del negocio realizado, si la asociación se hubiese celebrado para un solo negocio o a la rendición anual de cuentas, si la gestión se prolongara más de un año (art. 441 de la LGS).

Asimismo, el administrador está obligado a liquidar la parte del asociado, según los resultados prósperos o adversos, en la proporción que se haya convenido.

A él corresponde, comenta Vásquez,[15] obrar en el interés común y llevar la cuenta de la participación; y en las relaciones con los terceros a la asociación, la gestión pertenece a quien se dedica a la explotación comercial. En las relaciones con los terceros, la asociación en participación permanece ignorada.

---

[15] Oscar VÁSQUEZ DEL MERCADO, *Contratos Mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 536.

En cuanto a la responsabilidad, el asociante es el único responsable frente a los terceros porque obra en nombre propio. La relación jurídica se crea sólo entre ellos. Obrar en nombre propio significa que los actos mediante los cuales se exterioriza la actividad profesional deben cumplirse en nombre propio, de modo que pueda atribuirse al sujeto que los cumple.

En la asociación en participación, señala Vásquez, hay una parte llamada la «asociante», que celebra en su propio nombre, aunque si bien en interés también de otros asociados una o más operaciones y responde ilimitadamente frente a los terceros, quienes adquieren derechos y obligaciones, sólo frente a él, en tanto que los asociados responden sólo frente al asociante.[16]

8. PÉRDIDAS Y GANANCIAS

La segunda parte del art. 444 permite que se puede convenir que una persona participe en las utilidades sin participar en las pérdidas; esta libertad, que puede llegar al extremo de librar a alguno de ellos de todo riesgo, da lugar a una situación que conlleve a un pacto leonino que nuestro sistema repudia.

Concluye este artículo señalando que también se puede convenir que a un partícipe se le atribuya participación en las utilidades o en las pérdidas sin que exista una determinada contribución, situación que desnaturalizaría el contrato de asociación en participación donde se supone que debe de haber aportes de ambas partes.

Algunos consideran válido esta clase de pactos. Mantilla Molina,[17] comentando el artículo 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, considera que «las pérdidas que corresponden a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación», estimando que es válido el pacto en contrario, en razón que no hay un interés social ni un interés de terceros que resulten lesionados con él. Se trata simplemente de los intereses de los asociados, quienes, en el supuesto normal de que gocen de la plenitud de capacidad, pueden obligarse a responder más allá de sus aportaciones. Si se toma en consideración que, en ocasiones, la asociación en participación se crea con el principal propósito de compartir las pérdidas, se comprenderá el interés práctico que puede tener el mencionado pacto, ya que mediante él adquirirá el carácter de asociado, y el derecho a la correspondiente, parte de utilidades, quien sólo se haya obligado a responder a las pérdidas, dentro del límite que al efecto se fijare.

Por su parte, Galgano nos dice que el artículo 2553 del Código Civil italiano aclara que las pérdidas del asociado no pueden superar el valor de su aporte o sea que el pacto contrario es por tanto admisible sólo para prever un porcentaje distinto de participación en las pérdidas con respecto a la participación en las utilidades,

---

[16] *Id.*, p. 536.

[17] Roberto L. MANTILLA MOLINA, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

pero se debe excluir en cambio la validez de un pacto que exponga al asociado a un riesgo ilimitado, o de todas maneras, superior al aporte pactado.[18]

En cuanto a la situación que no se hubiese señalado la proporción de la participación en las pérdidas en el pacto, la ley establece que será en la misma medida en que participan en las utilidades, pero en ningún caso las pérdidas que afectan al asociado pueden superar el valor de su aporte (art. 444. LGS).

9. RELACIONES ENTRE LOS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN Y CON TERCEROS

Además de lo expresado en relación con la administración, en cuanto afecta a los socios desde el aspecto interno, cabe señalar otras obligaciones que se generan entre ellos, como la de entregar, por parte del asociado, del capital convenido.

Como la asociación en participación carece de personalidad jurídica, es necesario determinar las consecuencias respecto a los bienes aportados y establecer si quedan de propiedad del que lo aportó o si, respecto a terceros, se reputan del asociante.

Para la jurisprudencia francesa quedan, en principio, como de propiedad del asociado que los aportó. De aquí derivaría que sus acreedores podrían embargar los bienes aportados; y que él podría reivindicarlos en caso de quiebra del asociante. Pero, asimismo, él sufriría, salvo pacto en contrario, las consecuencias de las pérdidas, a menos que provengan de riesgos inherentes a la operación.

Si se trata de aporte de cosas fungibles o de dinero, el participante no conserva sino un simple derecho de crédito contra el asociante en caso de quiebra de ésta, en la misma medida que cualquier acreedor quirografario.

El art. 443 de la LGS reputa los bienes como de propiedad del asociante, en relación con terceros, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuese necesaria alguna formalidad o se estipule lo contrario en el contrato de asociación y se efectuase la inscripción en el Registro correspondiente. Si la estipulación no se hubiese registrado, pero se probara que el tercero la conocía o debía conocerla, surtirá efecto contra él.

Esta solución guarda relación con el carácter oculto de la asociación en participación. Los terceros conocen únicamente al gestor, sin que tengan ninguna relación con el participante. Para ellos, el asociante es el único titular del negocio o empresa con quien contratan; él actúa únicamente en nombre propio, por lo que no hay acreedores ni deudores de la asociación. Se protege, pues, la apariencia externa, la buena fe de los terceros que concedieron créditos o celebraron contratos sobre la base de una situación revelada al exterior como única.

---

[18] Francisco GALGANO, *op. cit.*, p. 203.

Pero si el tercero conoció o debió conocer la verdadera relación entre los coasociados, no hay nada que proteger.

Puede ocurrir que el bien aportado sea un inmueble, y la aportación se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble u otro bien sujeto a inscripción, en cuyo caso la publicidad registral cumple su función de hacer conocer la verdadera situación de los bienes.

10. TÉRMINO Y LIQUIDACIÓN DE LA ASOCIACIÓN

La asociación en participación puede terminar por causas normales como el vencimiento del plazo pactado, el cumplimiento de la finalidad, o que dicho incumplimiento se vuelva imposible, o porque ambas partes deciden terminarlo.

Además puede resolverse por caso de incumplimiento de cualquiera de las partes, pudiendo en este caso demandarse por concepto de daños y perjuicios. Como en todos los contratos, puede ser objeto de nulidad cuando se producen las causales previstas en la ley. Entre estas causales de terminación tenemos los actos fraudulentos o dolosos del asociante en violación de derechos del asociado, o la muerte de alguna de las partes, si no se ha pactado la continuación con los herederos y siempre que éstos acepten continuar con ella.

En algunas legislaciones, que consideran las asociaciones en participación como una forma de sociedad, se aplican las causas de disolución de las sociedades personalistas.

Este criterio es también el predominante en la doctrina. Las causas de disolución son en principio las mismas que en las sociedades. Considerada como una sociedad de personas, la asociación en participación se disuelve por la muerte, la interdicción, quiebra del socio, extinción de cosa, o consumación de la negociación; y disolución judicial por justos motivos.

En cuanto a la *disolución por muerte,* habría que distinguir si se trata del asociante o del asociado. Si se trata del primero, no habrá duda respecto a la terminación, salvo, desde luego, que se hubiese pactado que el contrato continuaría con los herederos. Si se trata del asociado, la solución no es uniforme. En algunos países, como Alemania, la muerte del asociado produce la disolución si así se hubiese estipulado en el contrato, pues la ley considera que el fallecimiento del asociado no es causa de disolución y que los herederos ocuparán el lugar del asociado constituyendo un grupo, una especie de sociedad de hecho, que formará una persona única en sus relaciones con el asociante.

En cuanto a *la liquidación y partición,* el principio generalmente aceptado es que no se apliquen las reglas previstas para las sociedades y que esos actos se resuelvan mediante una simple rendición de cuentas en la forma establecida en el contrato. En Francia, la liquidación y la partición tienen lugar de acuerdo a las reglas del derecho común.

Como la asociación en participación no es persona jurídica, se reputa que si se designa liquidador, éste sería un mandatario de los socios, pero no de la sociedad.

Desde luego que en el contrato se puede estipular un régimen especial de liquidación, como que se excluya al socio oculto toda participación en los resultados de las operaciones que se realicen durante la liquidación.

El Código de Comercio (art. 236) establecía que la liquidación debía ser hecha por el gestor, quien una vez terminada debía rendir cuentas justificadas.

En cuanto a la *partición,* a falta de previsiones contractuales, se aplican las reglas del derecho común. Corresponde a los asociados reclamar del asociante la justificación de las operaciones; y como la contribución a las pérdidas es una de las propias del contrato, no puede pretender al final de las operaciones convertirse en acreedor del asociante y exigir el reembolso del aporte hasta que no esté establecida una cuenta de ganancias y pérdidas.

A falta de pacto en contrario, las pérdidas deben repartirse en la misma proporción que los beneficios. En cuanto a los bienes que corresponde a los partícipes, se hará de acuerdo a la naturaleza de ellos: se procederá a la venta o a la participación *in natura.*

11. QUIEBRA DEL ASOCIANTE Y DEL ASOCIADO

La quiebra del asociante no es causa de terminación de la asociación en participación, comenta Barrera Graf.[19] En tal caso, manifiesta, el asociado figurará en la masa pasiva, como acreedor del asociante fallido, no sólo por las utilidades devengadas y que aún no se le hubieran cubierto, sino también, por el reembolso de su aportación, en el momento de hacer la distribución del activo de la quiebra. Si entre los bienes aportados hubiere algunos «cuya propiedad se hubiere transferido al quebrado por título legal, definitivo e irrevocable», corresponde al asociado el derecho de separarlos de la quiebra, mediante el ejercicio de la acción que corresponda. Finalmente, si el asociado no hubiere cubierto la totalidad de su aportación, figurará como deudor por la parte no cubierta, así como por la parte que le corresponda en las pérdidas en las que participe; y como acreedor del quebrado por las utilidades devengadas que no le hubieran sido cubiertas, así como por el valor de los bienes que hubiere aportado, salvo que el contrato de asociación en participación no le concediera el derecho al reembolso.

En la quiebra del asociado, el asociante puede inscribirse como acreedor del asociado en relación con la aportación que éste se hubiera obligado a entregar (dinero, bienes, crédito) y que aún no hubiera dado o prestado.

---

[19] Jorge BARREDA GRAF, *op. cit.*, p. 249.

B. CONTRATO DE CONSORCIO

1. Definición. 2. Objetivo. 3. Partes. 4. Características del contrato. 5. Responsabilidades. 6. Administración. 7. Propiedad de los bienes.

1. DEFINICIÓN

La concentración de empresas, nos dice Barreda Graf, puede manifestarse a través de diversas figuras, de las que las principales son consorcios contractuales, con o sin constitución de una sociedad por los consortes.[20]

Los consorcios son producto del desarrollo de la economía contemporánea, la necesidad de racionalizar la producción en masa, la economía de escala, la competividad, la necesidad de nuevos mercados, lleva a la necesidad de conjugar esfuerzos por parte de los actores, que son las empresas, a través de los acuerdos que éstas celebren.

El fenómeno jurídico de concentración de empresas se manifiesta, según Ascarrelli, en acuerdos y convenios (consorcios) entre empresarios que llevan a regular la producción y la venta al público de productos o servicios de los consortes, disciplinando la concurrencia recíproca entre varios empresarios.[21]

Estos acuerdos pueden estar referidos a la fijación de precios, calidad de los productos, cuotas y división del mercado, lo que restringe la libertad de competencia de cada una de las partes, y que puede dar lugar a que se afecte a los consumidores, al constituirse monopolios u oligopolios, o que se asuma una posición de abuso de posición de dominio en el mercado.

---

[20] Jorge BARREDA GRAF, *op. cit.*, p. 721.

[21] Tulio ASACARELLI, *Conzorsi volontari tra impreditori*, Milán, 1937, citado por *id.*, p. 725.

La LGS en su artículo 445 define al consorcio como un contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en formar activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

En esta definición se observa que las partes pueden ser varias, que se trata de un determinado negocio, cuya finalidad es la obtención de un beneficio económico y que, finalmente, conserva la personalidad jurídica.

2. OBJETIVO

El consorcio persigue un fin, señala Barreda Graf, un fin que estriba en racionalizar la producción con el objetivo de aumentar las ganancias de todas y cada una de las empresas consorciadas, o bien regular los precios de mercancías que producen o de los servicios que prestan, o en fin disminuir las pérdidas que están sufriendo, como consecuencia de la competencia y de la libre concurrencia en el mercado a través del consorcio.[22]

3. PARTES

Los consorcios operan a nivel de empresarios, en consecuencia, las partes deben de ser comerciantes y que exploten empresas, aunque para algunos podría darse entre sociedades civiles o mercantiles, teniéndose presente que el fin del consorcio es la obtención del lucro, lo que no corresponde a las asociaciones o sociedades civiles.

Las empresas que intervienen en el consorcio conservan su independencia jurídica, respecto a las actividades no comprometidas ni restringidas por el consorcio.

4. CARACTERÍSTICAS DEL CONSORCIO

Entre las características del contrato de consorcio se pueden señalar las siguientes:

a) Relaciones plurilaterales;

b) Naturaleza comercial, debido a que las partes por regla general son comerciante, asi como la finalidad que persiguen que es de naturaleza comercial;

c) Tracto sucesivo, no se agota al perfeccionarse el contrato;

d) Aleatorio, por la imposibilidad de conocer previamente el beneficio o pérdida;

e) Oneroso;

---

[22] *Id.*

f) Contrato asociativo;

g) No requiere de registro;

h) Obtención de un beneficio económico;

i) Las partes conservan su propia autonomía;

j) No da lugar a una nueva persona jurídica;

k) El contrato debe constar por escrito como única formalidad;

l) Los consorciados mantienen su autonomía;

m) Los integrantes del consorcio debe llevar realizar las actividades a que se han comprometido;

n) Los bienes que se asignen al consorcio para cumplir con su finalidad permanecen en propiedad de cada integrante del consorcio;

o) Cada integrante del consorcio adquiere derechos y obligaciones, a título particular,

p) Las utilidades y pérdidas del consorcio se establecen en el contrato.

5. RESPONSABILIDADES

En cuanto a las reponsabilidades hay que distinguir aquellas obligaciones que asumen los miembros del consorcio con terceros en forma individual para el desempeño de actividad que le corresponda en el consorcio, las que serán a título particular.

Para que la responsabilidad sea solidaria entre los miembros del consorcio, se requiere que se haya pactado de esta manera en el contrato o como lo dispone la ley.

De lo establecido por los artículos 445 a 447 se infieren tres supuestos:[23]

a) Cuando un consorciado asume la obligación de realizar determinada actividad del consorcio porque se le ha encomendado en el contrato o se ha comprometido, los derechos obligaciones y responsabilidades que adquiere lo hace a título individual, sin que ello quiera significar en su caso que los logros individuales le pertenezcan íntegramente, salvo que así se haya pactado; ergo, no se vincula a sus consorciados con los terceros con quienes hubiese asumido obligaciones;

---

[23] Octavo considerando de la Sentencia de Casación Nº 928-2003, expedida por la Sala Transitoria de la Corte Suprema, Lima, 13 de agosto del 2003. (*El Peruano*, 31 de marzo del 2004, p. 11725).

b) Cuando el consorcio contrae con terceros y, por ende, asuma una obligación, ella será solidaria sólo si es que existe pacto que la declare o si por ley se determina lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 1183 del Código Civil pues la solidaridad no se presume; y

c) A falta de pacto de solidaridad, o disposición de la ley, cuando el consorcio asume una obligación sus miembros son responsables mancomunadamente conforme a los artículos 1882 y 1172 del Código Civil, de modo que cada uno se encontrará obligado sólo respecto a la cuota que le corresponde presumiéndose en las obligaciones divisibles que en el caso de deuda, la misma se reputa dividida en tantas partes iguales como deudores existan, y en el caso concreto de cuantos consorciados existan.

6. ADMINISTRACIÓN

La última parte del artículo 445 considera que corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se les encarguen y aquellas a que se han comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

En este sentido corresponderá al contrato determinar la administración del consorcio, la que puede distribuirse entre los consorciados, o atribuirse a uno de ellos, o dependiendo de la complejidad del consorcio, establecerse un comité especial de administración y control.

7. PROPIEDAD DE LOS BIENES

El artículo 446 de la LGS regula la propiedad de los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, los que continuarán siendo de propiedad exclusiva de éstos, en cuanto a los bienes que se adquieran conjuntamente para el cumplimiento de la finalidad, se les aplican las reglas sobre copropiedad.

C. CONTRATO DE JOINT VENTURE

1. Definición. 2. Etimología. 3. Origen. 4. Finalidad. 5. Derechos y obligaciones. 6. Clasificación. 6.1. Según la forma. 6.2. Según la función. 6.3. Según la nacionalidad de las partes. 6.4. Según el rol de los socios. 7. Principales características. 7.1. Pluralidad de prestaciones. 7.2. Conservación de la identidad e individualidad de la partes. 7.3. Aportes y comunidad de intereses. 7.4. Onerosidad. 7.5. Adquisición de derechos por las partes. 7.6. Fin lucrativo. 7.7. Participación en las pérdidas. 7.8. Carácter *ad hoc*. 7.9. Ejecución continuada. 7.10. Control conjunto de la empresa. 7.11. Carácter consensual. 7.12. Naturaleza asociativa. 7.13. Contrato atípico. 7.14. Contrato nominado. 7.15. Carácter autónomo. 7.16. Ausencia de formalidad. 7.17. Relación fiduciaria. 7.18. Responsabilidad de las partes. 8. El *joint venture* y la personalidad jurídica de la sociedad. 9. El *joint venture* y figuras afines. 9.1. *Joint venture* y *partnership*. 9.1.1. Etimología. 9.1.2. Definición. 9.1.3. Clasificación. 9.1 .4. Personalidad jurídica y patrimonial. 9.1.5. Características. 9.2. La sociedad irregular y el *joint venture*. 9.3. La asociación en participación y el *joint venture*. 9.4. Consorcio y *joint venture*. 9.5. El *joint venture* y la sociedad anónima. 9.6. El *joint venture* y la sociedad colectiva. 9.7. El *joint venture* y la unión transitoria de empresas (UTE). 10. Celebración y terminación del contrato de *joint venture*. 11. El *joint venture* y el Derecho de la Competencia. 12. *Joint venture* y la legislación nacional.

El desarrollo de las actividades económicas, los proyectos de gran magnitud, requieren de formas empresariales eficientes para enfrentar estos retos, es así que las personas naturales o jurídicas requieren de acuerdos que establezcan vínculos de colaboración empresarial mediante diversas formas jurídicas, siendo una de estas el denominado contrato de *joint venture*, el que adquiere una especial vigencia en el siglo XX, presentándose la particularidad que los intervinientes no pueden o no desean constituir un ente distinto al que pertenecen. La obligación, objeto del contrato, tiene por contenido tanto prestaciones de dar dinero u otros bienes, como de hacer (prestación de servicios), a que se comprometen los con-

tratantes para alcanzar el fin común propuesto consistente en la obtención de un lucro o beneficio.

Fueron en un principio los comerciantes quienes, ante la necesidad de asumir estos retos, acuerdan diversas formas de colaboración que va a ser recogidas por el derecho societario. Proviniendo el contrato de *joint venture* del derecho inglés, presenta las dificultades propias de su incorporación a nuestro sistema romano germánico, lo que lleva a la necesidad de estudiar sus semejanzas y diferencias con otros contratos como el *partnership*, las uniones de hecho, la sociedad anónima, la sociedad colectiva, la sociedad irregular, así como su características, la ausencia de personalidad jurídica y otros aspectos distintivos. Además, tratándose de un contrato de colaboración, hay que establecer sus relaciones con las denominadas alianzas estratégicas, unión temporal de empresas, y las repercusiones que podría presentarse en el mercado de la libre competencia producto de esta colaboración.

1. DEFINICIÓN

Tratándose el *joint venture* de un contrato proveniente del derecho inglés, formado en el ejercicio de una actividad económica, se presentan las dificultades propias cuando se trata de definirlo dentro del contexto del derecho romano germánico, es por ello, señala Ramos Padilla,[24] que las diversas definiciones del contrato de *joint venture* no son uniformes.

Una definición amplia considera al *joint venture* a todo acuerdo por el cual dos o más empresas se asocian para llevar a cabo un proyecto determinado, al margen de la forma jurídica que dicha asociación pueda adoptar, incluyendo los acuerdos de colaboración.

Desde un punto de vista específico, el término *joint venture* se refiere a una organización contractual particular cuyo objeto es la realización de un determinado proyecto o negocio.

Al *joint venture* se le define como: «una combinación especial de dos o más personas quienes en alguna determinada empresa con riesgo (*venture*) persiguen unidas un beneficio sin una sociedad efectiva»; o una «designación corporativa; o como una asociación de personas para realizar una empresa mercantil lucrativa, para lo cual combinan su propiedad, dinero, efectos, habilidad y conocimientos, etc».[25]

---

[24] César E. RAMOS PADILLA, «El contrato de joint venture», en *Contratos (doctrina, legislación y modelos)*. Editorial Rao, Lima, 2002, p. 197.

[25] Isaac HALPERIN y Julio C. OTAEGUI, *Sociedades anónimas*, Depalma, 2da. Edición, Buenos Aires, 1988. p. 803 y 804.

Pastor Argumedo lo define como un contrato de carácter asociativo, mediante el cual dos o más personas, ya sean naturales o jurídicas, convienen en explotar un negocio en común por un tiempo determinado, acordando participar en las utilidades resultantes del mismo, así como responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada.[26]

Taubman lo conceptúa como una asociación de dos o más personas jurídicas o naturales con el objeto de llevar a cabo, como copropietarios, una empresa, riesgo u operación por el tiempo que dure dicha transacción particular o serie de transacciones por un tiempo limitado.[27]

Según Mansilla Vásquez, se entiende por *joint venture* un contrato de carácter asociativo mediante el cual dos o más personas naturales o jurídicas convienen en participar conjuntamente en un negocio específico y particular para obtener utilidades, mediante el aporte de recursos complementarios tales como tecnología, capitales y conocimientos, de manera tal que si no complementasen sus recursos no podrían ejecutar dicho proyecto individualmente.[28]

Sierralta y Olavo manifiestan que, para ellos, el *joint venture* es la asociación de dos o más personas naturales o morales que se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica específica, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados únicamente en miras al objeto específico del contrato o en un lapso determinado. La esencia de este contrato es el objetivo común de las partes, que limita su acción, por lo que la gestión del negocio involucrará una acción solidaria sin que lo decidido por uno de ellos pueda ser contradicho por el otro, si se hizo en cumplimiento de los claros objetivos determinados en el contrato. Es por tanto un negocio donde la acción es determinada por dos o más emprendedores, sin el ánimo de formar una sociedad.[29]

En cuanto a las definiciones de origen jurisprudencial, incluidas en casos resueltos por tribunales americanos, puede citarse, entre otras, la del Tribunal de New York (*Caso W.C.Reid & Co* vs. *Project Fabrication Corporation*), la del Tribunal del Estado de Texas (*Caso Griffin* vs. *Reilly*), para quienes el *joint venture* es un especial acuerdo (combinación), entre dos o más personas, para la realización de una aventura en común, de la cual un beneficio es conjuntamente previsto para

---

[26] Reynaldo PASTOR ARGUMEDO, «Naturaleza jurídica del contrato de joint venture», en *Derecho*, Nº 39, Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 1985. p. 313.

[27] Jorge MANSILLA VÁSQUEZ, «El joint venture en el derecho comercial moderno», en *Advocatus*, Año I, Lima, 1990, p. 41.

[28] *Id.* pp. 41 y 42.

[29] Aníbal SIERRALTA R. y Luz OLAVO B., *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, Fondo Editorial PUCP, Lima. 1991, p. 190.

dividirlo entre las partes sin que exista en modo alguno ningún tipo o designación societaria o corporativa en especial.

2. ETIMOLOGÍA

La palabra *joint venture* proviene del idioma inglés, traduciéndose *joint*, como juntura, unión, conjunto, y *venture* como riesgo, aventurarse, traduciéndose en castellano como aventura o riesgo conjunto, la asociación de ambos términos nos lleva a su significado actual, empresa en común, teniendo como finalidad con el objeto de afrontar un negocio conjunto, asumir un riesgo también conjunto y disfrutar de sus beneficios.

Si bien la palabra *joint venture* es de uso común en el idioma castellano, se le traduce como *riesgo compartido.*

3. ORIGEN

Para el desarrollo del derecho societario, Inglaterra tuvo dos instituciones básicas, *partnership* y la *corporation,* siendo aparentemente el desarrollo de la forma más primitiva el de la primera. La *Joint Stock Company* fue el instrumento más utilizado por las grandes compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII, principalmente en los contratos de navegación para el transporte de mercaderías y su posterior venta en ultramar.[30]

Joint venture, señala Gil Preli,[31] es el derivado de su antecesora *joint adventure*, la que era utilizada en los antecedentes judiciales del siglo XIX, y tiene su origen en la época del imperio británico mediante la cual se designaba a las *corporations* –corporaciones–, cuyo objeto estaba destinado a la colonización de nuevos territorios, las cuales estaban integradas por los *gentlemen-adventurers* (caballeros-aventureros).

Las vinculaciones societarias que se encuentran en el derecho anglosajón en la denominada *partnerships*, son las que a través de las decisiones judiciales delinearon la figura del *joint venture.*[32] La mayoría sostiene que el *joint venture* surge en el siglo XIX, producto de la jurisprudencia del derecho americano,

---

[30] Juan Luis COLAIACOVO *et al*, *op. cit.*, pp 82 y 131, citado por César E. RAMOS PADILLA, *op. cit.*, p. 192.

[31] Alicia GIL PRELI, «Contratos Especiales en el Siglo XXI», en M. LÓPEZ CABANA (Coordinador), Contratos especiales en el siglo XXI, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 90.

[32] Al respecto, Gil Preli considera que la permeabilidad del derecho anglosajón a reaceptar con fluidez las manifestaciones de la sociedad bajo su amparo, va a permitir que la figura del *partnership* devenga en el actual *joint venture*. Expone, para tal efecto, cómo está estructurado básicamente el antiguo sistema jurisdiccional en Inglaterra. En este sentido, manifiesta, existía una doble jurisdicción: el *Common Law* y los tribunales de la *equity*. El *Common Law* está basado

cuando varias cortes comenzaron a hacer uso de las expresiones *joint venture* y *joint adventure* para describir un objeto de un acuerdo de naturaleza asociativa.[33]

La imposibilidad planteada en el siglo XIX de que la *corporation* pudiese integrar una *partnership* en calidad de *partner*, se considera el punto de origen del *joint venture.*

En dicha época las corporaciones eran una entidad jurídica de carácter excepcional, creada por el Estado,[34] con una capacidad de actuación limitada al objeto autorizado, donde las facultades de los administradores estaban restringidas a dicho objeto, administradores que debían ser nombrados y autorizados expresamente. Este aspecto se fundamenta en la doctrina *ultra vires* según la cual, toda actuación de la *corporation* o de sus administradores que sobrepasara el objeto específicamente autorizado acarreará su nulidad, puesto que los integrantes de la *partnership* tienen responsabilidad ilimitada, mientras que la *corporation* goza de la limitación en la responsabilidad. Se objetaba que una *corporation* pudiese participar como *partner* (socio) en una *partnership*, debido a que esta tenía un objeto amplio e ilimitado, donde todos los *partners*, implícita-

---

en la costumbre, regula a todos los integrantes del reino, incluso el rey, por lo que no hay distinción entre el derecho público o privado. El juez que debía resolver un caso consultaba la costumbre. Esto fue generando jurisprudencia, la cual, primero, se compilo en anuarios (*Year Books*) y luego en sentencias (*Reports*).

Los tribunales de la *equity* nacen como consecuencia de que el rey, a fin de resolver problemas para los que no obtenía respuestas con el *Common Law*, delegó su facultad de resolver, conforme a su conciencia, en el canciller.

El canciller, basado en los principios de justicia y equidad, no se encontraba sujeto a la ley común. De este modo fue generándose un derecho diferente, que no otorgaba a los antiguos *writ*, un derecho de equidad con sus propios precedentes. Esta nueva circunstancia dio nacimiento a la *equity jurisdiction* como una delegación de la jurisdicción que, originalmente, competía al rey. A comienzos del siglo XV, durante el reinado de los Tudor, asumió plenamente esta función el Tribunal de la Cancillería.

Esta doble jurisdicción llevó, en consecuencia, a distinguir a las acciones, según cada uno de estos órdenes, en acciones legales y acciones de equidad. Estos dos sistemas sobrevivieron juntos hasta finales del siglo XIX, cuando en 1893 fueron unificados. Alicia GIL PRELI, *op. cit.*, p. 89.

[33] Para comprender cómo ha sido concebido originalmente por el derecho, nos debemos remitir a lo resuelto por los tribunales de New York en 1894: «una *joint adventure* es una *partnership* limitada, no limitada en cuanto a la responsabilidad, según el sentido legal de esta expresión, sino limitada en cuanto a su alcance y duración, y bajo nuestro derecho *partnership* y *joint adventure* están gobernados por las mismas reglas» (*Ross* v. *Willet*, 27. NYS, 785.)

[34] Originariamente se concedía la *incorporation* (incorporación) mediante decreto real o por ley especial, posteriormente, fue el Parlamento el que concedió la incorporación pasando a ser una regla general. Hoy en día las *corporation* pueden ser públicas o privadas, y en mayor o en menor grado revisten las mismas características de nuestras sociedades anónimas.

mente, tenían capacidad de administración. De tal modo, si una *corporation* integraba una *partnership*, aquella podría eventualmente participar en negocios de la esfera fuera de su objeto específico y autorizado a través de esta.

Si bien la *Uniform Partnership Act* de 1914 incluía a las *corporations* entre los sujetos que podían constituir una *partnership*, paralelamente, como se ha expuesto, existía una doctrina, conocida como *ultra vires*, que prohibía a las *corporations* participar en la *partneship*.[35]

Esta situación fue cambiando por decisión de los tribunales quienes, al encontrarse ante una *corporation* que había entrado en relación como una *partnership* y, a fin de eludir la aplicación de la doctrina de *ultra vires*, utilizaban la expresión *joint venture* y le aplicaban las reglas de la *partnership*. En igual sentido, la judicatura comenzó a utilizar la denominación *joint venture* para aquellas relaciones con un fin específico y/o limitación temporal, para distinguirlas de las asociaciones habituales *(partnerships)*. De esta manera, no estando prohibido que la *corporation* formara parte de una *joint venture*, se obviaba la prohibición de que la primera formase parte de una *partnership*.

4. FINALIDAD

La primera finalidad del *joint venture*, señala León Barandiarán,[36] es el de efectuar inversiones conjuntas de gran magnitud o la ejecución de obras de gran importancia, las que, por su volumen y complejidad, requieren de la participación de una pluralidad de sujetos, a través de un esquema jurídico que permita una relación particular adecuada al propósito conjunto perseguido.

Lo que anima a las partes a celebrar el contrato de *joint venture* es la participación en las ganancias que obtendrán de la actividad económica en las que van a intervenir, hay una finalidad de lucro, lo que se refleja en el contrato al establecerse la participación en los aportes, en las utilidades, en los beneficios, así como en las pérdidas.

Es frecuente también la celebración de estos contratos para participar en las licitaciones de grandes obras, que el derecho italiano denomina «apalto». El

---

[35] El origen de la *Uniforms Partnership Act* se remonta a 1902, cuando la *Conference of Commissioners of Uniform State Law* (Conferencia de los Comisionados para las leyes estatales Uniformes) encargó a un comité especial la redacción de un proyecto de ley sobre *partnership* que fuese uniforme para todos los Estados. En 1914 la *Conference of Commissioner of Uniform State Law* aprobó el texto definitivo después de ocho proyectos presentados y recomendó a los Estados de la Unión su promulgación. Hoy la *Uniforms Partnership* se encuentra vigente en todos los estados, excepto en Georgia y Lousiana, mientras que en algunos estados la adoptaron con ligeras modificaciones.

[36] José LEÓN BARANDIARÁN HART, «El contrato de joint venture», en *Contratos de colaboración empresarial*, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 150.

«appaltatore» es un empresario que organiza los medios o recursos necesarios para realizar y obtener un buen resultado en la obra o servicio que pretende realizar.[37]

Tareas como éstas, por su magnitud económica, para ser cumplidas, exigen que dos o más personas naturales o jurídicas que no desean o no pueden constituir un ente distinto de los miembros que lo integran, se agrupen vinculándose contractualmente, no societariamente, para la coordinación de actividades diversas con división del trabajo y responsabilidades.

El *joint venture* tiene por objeto un negocio único, predeterminado, con el propósito de obtener un beneficio económico. Como dice Etcheverry,[38] desarrolla ilimitadamente un objeto que en el tiempo no prevé una serie de negocios genéricos, sino que su objeto esta previsto en forma tal que individualiza un solo negocio, por más complejo o extenso en tiempo que éste resulte. No se debe confundir negocio único con acto jurídico único.

5. DERECHO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como en todo contrato, las partes incurren en derechos y obligaciones. Entre los derechos de las partes se encuentran la de percibir utilidades, las partes persiguen en este contrato un fin de lucro, como consecuencia de los aportes efectuados y de la labor desarrollada.

En cuanto a las obligaciones que asumen las partes, se debe mencionar los aportes que se han comprometido efectuar, en dinero, bienes o servicios, para llevar a delante el proyecto, así como realizar las acciones para concretarlo, tal como sería la organización y la dirección, los que a su vez les da derecho a recibir una remuneración.

6. CLASIFICACIÓN

El *joint venture* puede clasificarse de diversas maneras, señalándose a continuación algunas de las más usuales.

6.1. Según la forma

a) *Incorporated joint venture.-* El *incorporated joint venture* se presenta cuando el *joint venture* se instrumenta mediante la creación de una nueva sociedad

---

[37] *Id.*, p. 151. Sistema este último que guarda gran semejanza con las licitaciones internacionales de obras en el Perú, en las cuales se establece en las bases de licitación la obligatoriedad del postor extranjero de vincularse con empresas nacionales, generalmente bajo la modalidad de la asociación en participación como requisito para participar en ellas,asumiento la parte nacional la calidad de «asociante» y el el o los extranjeros, la de «asociados».

[38] Raúl Aníbal ETCHEVERRY, *Derecho Comercial y Económico. Formas de organización de la empresa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 201.

ad hoc. Esta será, en la mayoría de los casos, una subsidiaria común de las partes, quienes aportaran a la formación de su capital accionario probablemente sobre una base porcentual[39], son emprendimientos conjuntos permanentes (no tienen temporalidad) e implican la constitución de un nuevo ente societario[40]. Esta figura jurídica no constituye meramente un ente societario, sino que es totalmente distinta y claramente de naturaleza contractual, siendo la fuente de dicha sociedad o corporación, a través de la cual se ejecuta la actividad conjunta.[41] Este contrato de *joint venture*, que subyace a la sociedad por acciones, señala la modalidad de la inversión, los aportes de los *ventures*, la actividad confiada a ellas.

Así, el contrato de *joint venture* se convierte en un simple acuerdo de colaboración, que delinea los intereses e intenciones de las partes, que sirve sólo como base de una sociedad por acciones constituida para ejecutar el contrato, cumpliendo una mera función instrumental que permite, a la vez, a los *venturer* disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada.

b) *Joint ventures contractuales.*- También denominados *contractual joint venturers, non incorporated joint ventures;* no son nada más que el *joint venture* en *strictu sensu*, es decir que se adapta su naturaleza meramente contractual, regulándose la relación negocial por lo estipulado en el contrato sin generar un ente jurídico consecuente al acuerdo.

En los años recientes la categoría de acuerdos de cooperación empresarial ha sido usada más frecuentemente para referirse a los casos de *joint ventures* contractuales o no societarios *(non equity joint ventures).* Esos acuerdos son esquemas de cooperación empresarial formales o informales entre dos o mas firmas, donde se acuerdan un cierto nivel de colaboración sobre bases contractuales, pero no societarias. Las operaciones de estas dos o mas firmas son parcial y funcionalmente integradas para llevar a cabo actividades en una o mas áreas. Las relaciones legales internas entre las partes así como de esas partes y terceros, son estructuradas y regladas sobre una base contractual. Estos acuerdos no implican la constitución de un nuevo ente societario. O sea que existe cooperación empresarial, industrial o tecnológica pero cada parte conserva su autonomía societaria.[42]

---

[39] Sergio LE PERA, *Joint Venture y Sociedad*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 211.

[40] Juan Luis COLAIACOVO *et al*, *op. cit.*, p. 163.

[41] José LEÓN BARANDIARÁN HART, «El contrato de joint venture», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Contratos y Empresa Nuevas tendencias,* Editorial Andina, Lima. 1988, p. 34.

[42] Juan Luis COLAIACOVO *et al*, *op. cit.*, p. 162 y *ss.*

6.2. Según la función

a) Joint ventures *operativos*

Los *joint venture* operativos tienen por objeto la ejecución de varias prestaciones en función de una inversión en la cual los *venturers* participan en forma directa e inmediata. Están destinados a la realización de un objetivo común en forma inmediata.

b) Joint ventures *instrumentales*

En esta clase de *joint venture* las partes persiguen la ejecución de un proyecto de manera mediata, se asocian con la finalidad inmediata de presentar una oferta de inversión o presentarse a una licitación pública conjuntamente.

6.3. Según la nacionalidad de las partes

a) Joint venture *nacionales*

Las partes tienen la misma nacionalidad donde se desarrolla el negocio o ejecuta el proyecto.

b) Joint ventures *internacionales*

Este término se debe a Friedmann, descrito como un proceso idóneo para cristalizar cierto tipo de relaciones entre los países en desarrollo y los países desarrollados a partir de la década de los cincuenta. Para este autor este concepto fue sinónimo del vehículo preferido por los países en desarrollo para canalizar las inversiones de capital extranjero y permitir así el acceso de capitales y técnicos locales para su capacitación en tecnología que, de otra, manera, no estaban disponibles para los países del tercer mundo.[43]

El *joint venture internacional* es una relación jurídica internacional, en tanto contiene elementos vinculados a dos o más sistemas jurídicos, por lo tanto es regulado por el Derecho Internacional Privado, en este sentido, de acuerdo a las normas de dicho derecho, habrá que determinar la ley aplicable a la relación contractual. Respecto al estatuto jurídico de las personas jurídicas, el art. 2073 del Código Civil establece que es aquél del país en el cual ha sido constituida.[44]

---

[43] Wolfgang FRIEDMANN y G. KALMANOFF, *Joint venture international business venture*, Columbia University Press, New York, 1961. p. 1, citado por Osvaldo J. MARZORATI, *op. cit.*, p. 12.

[44] Criterio que fue enunciado por la Corte de Justicia de la Haya en el célebre caso de la *Barcelona Traction*. Esta ley ha de regular las relaciones internas y órganos de gobierno y representación, y todo aquello referido al sistema societario de las personas jurídicas.

6.4. *Según el rol de los socios*

a) Joint ventures *con un socio dominante o líder*

En esta clase de *joint venture* el rol activo lo tiene uno de los socios; este administra el emprendimiento en forma similar como si fuese una de sus subsidiarias o filiales. En este caso el directorio, aunque en ella participan ejecutivos de cada socio, en la práctica es el que decide quién es el socio dominante.

b) Joint ventures *de administración y operación compartida* (Shared management joint venture)

En este caso ambos socios juegan un rol activo en la administración y gerenciamiento de la empresa. Asimismo, todos los miembros del directorio, formado por ambas partes, tienen una presencia efectiva en las decisiones que se adopten.

c) Joint ventures *independientes*

Ninguno de los socios juega un rol activo. El papel fundamental en el proceso de toma de decisiones, y 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.[45]

7. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

7.1. Pluralidad de prestaciones

El *joint venture* es un contrato plurilateral puesto que existen varias declaraciones de voluntad. Vale decir, se constituyen varias manifestaciones de voluntad dirigidas hacia un sólo objetivo.[46]

Los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas son aquellos en los que existen dos o más prestaciones a cargo de dos o más partes. Estas prestaciones son autónomas e independientes, y que se les conocen como «plurilaterales».

Las prestaciones autónomas son la característica principal de esta clase de contratos, la misma que la diferencia de los contratos de cambio, donde las prestaciones son correlativas o recíprocas. En este caso las prestaciones que asume cada parte son totalmente independientes de las prestaciones asumidas por las demás partes.

---

[45] Juan Luis COLAIACOVO *et al*, *op. cit.*, pp. 166, 167 y 168.

[46] A diferencia de los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, en los contratos bilaterales, o con prestaciones recíprocas, cada una de las partes tiene que cumplir con una prestación a favor de la otra, esperando a cambio una contraprestación a cargo de la otra parte.

Por otra parte la prestación autónoma implica que cada parte quede independientemente obligada, sin que su obligación se vea afectada por el hecho de que las demás partes no practiquen las prestaciones a las que se habían obligado.

Como consecuencia de ello, la nulidad que pudiese afectar el vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad de todo el acto salvo que la participación de dicha parte sea esencial (art. 223 del Código Civil). Por otra parte, el art.1434 del Código Civil regula los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas y establece que la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no implica la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida sea considerada esencial.

7.2. Conservación de la identidad e individualidad de la partes

Dado que los copartícipes no constituyen un nuevo sujeto de derecho por el cual son absorbidos, conservan su identidad e individualidad. Por ello es que, fuera del proyecto en común, los integrantes conservan la facultad de seguir en otros negocios incluso compitiendo entre sí.

El *joint venture* es un contrato que no genera personalidad jurídica alguna distinta de sus contratantes. Cada parte conserva su propia identidad, lo que da la agilidad necesaria para que sus miembros puedan adecuar su relación contractual a las circunstancias que rodean al negocio que desean emprender.

7.3. Aportes y comunidad de intereses

El elemento subjetivo de todo contrato de *joint venture* es la intención personal de las partes de colaborar, cooperar entre sí, cada uno con recursos complementarios, de tal manera que producto de dicha colaboración se llegue al fin específico propuesto, el mismo que implica ciertos riesgos que mediante dicha colaboración se busca disminuir.[47]

Para lograr la finalidad que persigue el *joint venture*, los participantes, según lo pactado, deberán realizar las contribuciones a que se han comprometido, bien sea en dinero, bienes, servicios, tecnología, *managment*, derechos, etc., lo que a su vez crea una comunidad de intereses; no necesariamente las contribuciones hechas por las partes tienen que ser iguales, hay una combinación de aportes de conocimiento, financiero, etc.

Se menciona que por las contribuciones hechas por los *venturers* al esfuerzo común surge una comunidad de intereses. Se sostiene que el *joint venture* no

[47] Se señala que no es el «affectio societatis» el elemento principal que lleva a los *ventures* a contratar, es el animo de colaboración, y se habla en este caso de un «affectio cooperationis»; este animo de cooperación es lo que lleva a vincularse en el contrato de *joint venture*, que se traduce en un acuerdo contractual y que excluye forma societaria alguna.

tiene patrimonio propio, debido a la carencia de personalidad jurídica; como consecuencia de la celebración se forma un estado de comunidad de intereses que es afectada durante el tiempo que dure el negocio.

Las partes, si bien buscan colaborar, no desean ceder sus derechos de propiedad sobre sus contribuciones, sino más bien ceder derechos sobre las ventajas que estos reporten.

7.4. Onerosidad

Es un contrato a título oneroso. En él todas y cada una de las partes ejecutan prestaciones a su cargo, por lo cual obtienen ventajas o beneficios.

Aunque no implica un nexo de interdependencia entre las prestaciones (reciprocidad), la ventaja no proviene directamente de las otras prestaciones a cargo de las demás partes.

7.5. Adquisición de derechos por las partes

Los *ventures* por las contribuciones que realizan adquieren el derecho a la gestión, administración y representación del negocio o proyecto específico que conjuntamente emprenden, así como el derecho a participar en las utilidades, las que no provienen directamente de las prestaciones a cargo de las demás partes, sino de la contribución que hacen al fin común.

7.6. Fin lucrativo

A través del *joint venture* las partes persiguen obtener un lucro o beneficio económico.

7.7. Participación en las pérdidas

Si bien el *joint venture* es riesgo compartido, puede pactarse que alguna de las partes soporte las pérdidas, aunque este es un pacto válido entre las partes, pero no oponible a terceros. La doctrina norteamericana acepta que se puede acordar no participar en las mismas. Este planteamiento resultaría inaceptable en cualquier otra forma societaria, pues no es lícito pactar esta cláusula, siendo ésta, en consecuencia, otra diferencia del *joint venture* a tener en cuenta.

7.8. Carácter ad hoc

El objeto del contrato de *joint venture* es la ejecución de un único proyecto o negocio específico y particular.

7.9. Ejecución continuada

Las obligaciones que corresponden a las partes, según lo pactado se realizan a través del tiempo por voluntad de las partes y porque la naturaleza misma del acto así lo exige.

7.10. Control conjunto de la empresa

El control conjunto del *joint venture* corresponde a las partes, aunque es posible que se pacte una mayor responsabilidad en la dirección por parte de uno de ellos.

Los autores coinciden que el control, la dirección y administración del negocio o proyecto específico está a cargo de todos y cada uno de los *venturers*. En cuanto a la mutua representación de no mediar pacto modificatorio, tal facultad es la misma para todos y cada una de las partes; en lo que se refiere a la administración y control conjunto del negocio, estaría limitado en función al grado de participación de las partes en el *joint venture.*

Cada una de las partes actúa como principal frente a terceros, con la presunción de que tiene poder suficiente para obligar a los co-participantes en actos requeridos para ejecutar la empresa conjunta.

Nada obsta que los *co venturer* puedan delegar las facultades de representación y administración inherentes a ellas a una de las partes, evitando así un caos administrativo y directriz. Esta delegación de facultades es frecuente en cuanto a la representación ante terceros mientras que las facultades de administración conjunta se ejercitan usualmente a través de un comité de gestión o comité de administración.

7.11. Carácter consensual

En esta modalidad de contratación prevalece la consensualidad entre los *joint venturers*, en relación al objeto y fines del contrato que se concretiza con el consentimiento de las partes.

7.12. Naturaleza asociativa

Responde el contrato de *joint venture* a aquellos que revisten un carácter asociativo. Esta clasificación de los contratos se basan en la función económica que cumplen y no de acuerdo a su estructura jurídica, teniendo como función asociar, unir bienes, servicios, esfuerzos, a fin de lograr un propósito común que reporte beneficios comunes.

7.13. Contrato atípico

En nuestra legislación el *joint venture* es un contrato atípico, no se encuentra regulado, en este sentido las partes podrán adecuarlo a sus necesidades, teniendo como limitación las normas contenidas en el Código Civil.

7.14. Contrato nominado

Si bien en nuestra legislación el contrato es atípico, tiene un *nomes juris*, que es el de *joint venture,* que lo hace identificable ante los demás.

7.15. Carácter autónomo

Al no depender la existencia del *joint venture* de otros contratos, se le considera un contrato autónomo.

7.16. Ausencia de formalidad

El contrato de *joint venture* es un contrato *ad probationen*, no requiere ninguna formalidad para su validez y existencia por lo que los *ventures* pueden adoptar la forma que consideren conveniente. Sin embargo, la envergadura del proyecto o negocio específico que se persigue hace casi obligatorio que el contrato y sus estipulaciones sean plasmados en un documento escrito.

7.17. Relación fiduciaria

Por el hecho de asociarse los *ventures* establecen un deber de lealtad. Este deber de lealtad se circunscribe al proyecto específico durante el tiempo que dure este. Aunque tiene libertad para competir en otro rubro o negocio para los cuales no se han vinculado. Nada impide que si dos empresas constructoras se vinculan para construir una autopista, puedan competir en licitaciones.

7.18. Responsabilidad de las partes

En lo que respecta a la responsabilidad de las partes, se plantea si existe responsabilidad solidaria entre los *co venturer* frente a terceros, o si hay responsabilidad por parte de uno o alguno de los *co venturer*, en caso de incumplimiento por uno de ellos frente a terceros.

Gran parte de la doctrina aparece afirmar la responsabilidad solidaria frente a terceros. Hay que tener en cuenta que la participación de las partes es personal. Además los *ventures* actúan conjuntamente frente a terceros y asumen solidariamente derechos y obligaciones derivados del negocio para el cual se han asociado.

Se debe tener presente que en nuestro sistema la solidaridad no se presume, sino que requiere pacto o la ley lo señala.

Se puede decir que la responsabilidad de los *co venture* frente a los terceros será siempre ilimitada. Es decir, responden no sólo con las utilidades del negocio, sino también con su patrimonio propio. La responsabilidad ilimitada se funda en que el *joint venture* carece de personalidad jurídica, y por ende de un patrimonio propio, que limite la responsabilidad de las partes.

Si bien el origen del *joint venture* es la responsabilidad solidaria en la práctica contractual un rasgo común es la exclusión de la responsabilidad solidaria entre las partes, mediante un pacto común inserto en el contrato de *joint venture.*

Frente a terceros, de no mediar pacto la responsabilidad, será mancomunada. Este aspecto se deriva de la especialización de las partes dentro del contrato, posiblemente una de ellas no esté capacitada para realizar la labor de la otra. O en

el caso de que la prestación sea indivisible y es indispensable la participación conjunta. En ambos casos la responsabilidad sólo funcionaría en el caso de resarcimiento económico, pero no respecto a la ejecución misma de la prestación debida.

La responsabilidad mancomunada se basa en las relaciones de cooperación y colaboración propia del *joint venture*, las que son coherentes con esta clase de responsabilidades, además en nuestro sistema el *joint venture* es un contrato atípico, por lo que la solidaridad no puede presumirse, pues sólo lo establece la ley o el pacto entre las partes.

8. EL JOINT VENTURE Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

La personalidad jurídica conferida a los entes societarios es, sin lugar a dudas, la diferencia insalvable entre el *joint venture* y las sociedades mercantiles, y el punto de partida para una serie de diferencias accesorias entre estas dos figuras.

Las características del *joint venture* es la ausencia de personalidad jurídica, es un simple contrato, un acuerdo de coordinación, colaboración y cooperación. No hay ente jurídico que se genere por tal acuerdo capaz de contraer derechos y obligaciones.

Si bien en el *joint venture* existen contribuciones de las partes, estas integran un conjunto de obligaciones que las partes se comprometen a cumplir en el tiempo pactado o durante el plazo de vigencia del contrato o hasta la consecución del proyecto o negocio específico.

En la sociedad la dirección, administración y representación de la sociedad no está a cargo de sus socios necesariamente, sino de los órganos respectivos normados por la ley y cuyos integrantes son designados por los socios. Eventualmente estas designaciones pueden recaer en personas diferentes a los socios.

En el *joint venture*, en cambio, las facultades de dirección, administración y representación están a cargo de todas y cada una de las partes. Estas, podrán delegar dichas facultades a uno o más *ventures*, pero este deberá ser siempre parte en el contrato, y nunca a un tercero ajeno a él.

El *joint venture*, a diferencia de las sociedades, por no ser persona jurídica, no tiene patrimonio propio y aunque las partes realizan una contribución al negocio, este no va dirigida a formar un patrimonio independiente, sino que sigue perteneciendo a quien efectuó la contribución, quedando únicamente afectado a una comunidad de intereses.

9. EL JOINT VENTURE Y FIGURAS AFINES

Al *joint venture* se le ha comparado y asimilado a esquemas societarios, vinculándosele al *partnership* del derecho estadounidense, las sociedades de hecho, las sociedades irregulares o las sociedades por acciones. Otros los consideran como figuras contractuales de carácter asociativo como la asociación en participación.

Un obstáculo para su clasificación jurídica es que el *joint venture* nace y evoluciona en el sistema del *Common Law.* Proviene de un esquema organizativo de naturaleza contractual (como son las *partnership*) en el cual predomina la relación personal y no la corporativa, y por lo demás carece de personalidad jurídica.

Otro obstáculo en la calificación jurídica del contrato es la frecuente omisión de los tratadistas al aspecto subjetivo del contrato. Se soslaya en muchos casos la circunstancia de que la convención del contrato de *joint venture* esta motivada en la propia voluntad de los contrayentes de convenir una relación de colaboración que quiere excluir expresamente una realidad social.

Aquí radica la dificultad de encuadrar dentro de nuestro sistema el *joint venture,* donde las formas asociativas con fines comerciales se circunscriben a las sociedades mercantiles o a la asociación en participación. La consecuencia va a ser asimilarlo a una de las figuras típicas mencionadas o ubicarlo en el terreno de la atipicidad contractual.

9.1. Joint venture *y* partnership

La similitud entre el *joint venture* y el *partnership* hace necesario el conocimiento de esta última, así como determinar sus relaciones y diferencias con la primera.

9.1.1. Etimología

En cuanto al término inglés *partnership*, este proviene del inglés *to part,* del latín *partiri,* traduciendo en castellano como «partir» o «compartir», correspondiendo a la relación entre dos o más personas que realizan un negocio en común; no alude a una persona jurídica producto de un contrato social, sino más bien a la relación existente entre los socios, y la de éstos con terceros.

9.1.2. Definición

Al *partnership* se le define como un acuerdo asociativo de dos o más personas con la finalidad de realizar determinado objeto económico, con el fin de dividir ganancias o pérdidas.

En este mismo sentido se señala que es un contrato voluntario entre dos o más personas capaces, para aportar su dinero, bienes, trabajo, habilidades, alguno o todos ellos, para un negocio o comercio legal, en el sentido de que habrá una distribución proporcional de las utilidades y de las pérdidas entre ellos.

La *partnership Act,* dictada en Inglaterra en 1890,[48] lo define como la relación que existe entre personas que realizan un negocio en común para obtener

(48) En 1890 se dicta en Inglaterra la *Partnership Act* (en base a un proyecto presentado por Sir Frederick Pollock), posteriormente en 1907 se emite la *Limited partnership Act,* estando

utilidad, pero ello siempre que tal relación no se encuentre registrada como una *company*.[49] La ley inglesa no califica a la *partnership* como un contrato, sino más bien como una relación. Se señala que lo que constituye la *partnership* es la realización de un negocio y no el acuerdo para realizarlo.

La definición que contiene de *partnership* la *Uniform Partnership Act* de los Estados Unidos es similar a la ley inglesa: «Una asociación de dos o más personas para conducir un negocio como copropietarios para obtener utilidad». Por otro lado, establece que pueden integrar la *partnership* las personas naturales, otras *partnership*, las corporaciones y las asociaciones. Esta amplitud no estuvo siempre vigente pues hubo un tiempo en que las *partnership* no la podían formar las corporaciones.

Los acreedores, si bien no pueden ejecutar los bienes de la *partnership*, si pueden accionar sobre el interés del *partner* en la *partnership*, entendiendo por interés su derecho a las utilidades o al neto resultante en caso de disolución.

En principio la *partnership* se puede asimilar a las sociedades colectivas de nuestro sistema romano germánico, aunque existen diferencias evidentes, como la carencia de personalidad jurídica, no constituyendo un sujeto de derecho o persona distinta a sus integrantes.

Los *partners* mantenían una responsabilidad ilimitada por el negocio en común, sin importar su origen contractual o extracontractual, por lo cual, los acreedores de la *partnership* mantuvieron su acción contra los bienes personales de los *partners*.

Le Pera nos dice que no podemos considerar a la *partnership* como la sociedad más simple del derecho inglés, sino como la agrupación de personas de más amplio alcance en su objeto común, pudiendo organizarse de la forma más simple o compleja; en el *Common Law* el alcance del *partnership* es muy amplio, y abarca casi todas las formas posibles de cooperación por las que las partes comparten utilidades y los esfuerzos involucrados en un proyecto o una actividad específicos[50]. Pero esta amplitud abarcaría además agrupaciones como el *pool* y el *cartel*.

---

ambos actos legislativo enmarcados en los principios generales del *Common Law*. El Acta establece que los bienes de los *partnership* son inalcanzables para los acreedores de cualquiera de los *partners*, los mismos que sólo podrán hacerse cobro con las utilidades resultantes que corresponden al *partner* deudor. Esto acarreó una separación patrimonial que de allí en adelante distinguiría a todos los *partnership*.

[49] Una *company* inglesa es similar a nuestra sociedad anónima.

[50] Sergio, LE PERA, ob. cit, p. 217.

9.1.3. Clasificación

Los *partnership* pueden clasificarse en:

Partnership General (General Partnership). Son las que partiendo de un concepto general de la *partnership*, se caracterizan por el hecho de que todos los socios responden ilimitadamente por las deudas de la sociedad, pudiendo además todos ellos potencialmente administrar la sociedad.

Partnership Limitado (Limited Partnership). Aquí existen dos clases de *partners*: los denominados *general partners* (igualmente conocidos como *ordinary partners*, quienes tiene las características propias de la *general partnership*, es decir responden ilimitadamente ante terceros además de poder administrar la sociedad), y los otros llamados *limited partneship*, (conocidos igualmente como *especial partners*) quienes contribuyen con dinero en efectivo para el capital social, pero sin poder administrar la *partnership* y respondiendo ante terceros únicamente hasta el límite del monto aportado.[51]

Con respecto a la responsabilidad de *los partners,* la *Limited Partnership Act* distingue entre:

a) General partners. Aquellos cuya responsabilidad resulta ilimitada. Cabe recordar que en 1862 el parlamento inglés sancionó la *Companies Act*[52] por la cual todo contrato social inscrito en un registro hizo que la compañía quede incorporada al mismo. Ello implicaba que sus integrantes, originarios o futuros, constituyeran un cuerpo corporativo, siendo su responsabilidad limitada o ilimitada, conforme ellos mismos lo determinasen.

b) Limited partners. Aquellos que no participan en la administración; su responsabilidad se limita al aporte, siendo condición para ello que la *limited partnership* esté inscripta.

9.1.4. Personalidad jurídica y patrimonial de la partnership

La separación patrimonial originó controversias acerca si los *partnership* eran simplemente una agrupación de personas o un sujeto de derecho en virtud a que poseía un patrimonio propio y distinto al de los *partners.*

Hay que tener en cuenta que en los países influenciados por la doctrina del patrimonio la separación patrimonial es una consecuencia lógica del naci-

---

[51] Esta responsabilidad la define la *Limited Partnership Act.*

[52] Básicamente, la diferencia entre una *company* y una *partnership* radica en la incorporación de la primera al registro. Recordemos que la *Partnership Act* define por exclusión a la *partnership,* como una «relación» entre personas, siempre que esa relación no esté registrada como una *company* (compañía). Otro elemento a tener en cuenta radica en el número de *partners,* siendo obligatoria la incorporación al registro de toda *partnership* cuyos integrantes superen el número de veinte.

miento de una persona jurídica, esta es una persona distinta a sus integrantes y por lo tanto titular de un patrimonio. Según esta teoría toda persona tiene un solo patrimonio y cada patrimonio tiene que ser necesariamente detentado por un titular.

Para que exista la separación de patrimonio la *partnership* debía de ser una persona jurídica, un sujeto de derecho. Sin embargo, fue la *teoría de la agregación* la que predominaba en los países anglosajones. Esta teoría consideraba a la *partnership* como una agregación o agrupación de individuos, como una simple relación creada entre los propietarios de un negocio y no como sujeto de derecho, la que se adoptó, pero con una modificación sustancial se mantuvo la idea que el *parnetship* era una simple agregación de individuos, una relación entre ellos y no una persona jurídica distinta, pero se estableció la separación de los bienes del *partnership*.

Es conveniente tener en cuenta que esta es una figura del *Common Law* y no del derecho romano germánico, la *partnership* no es sujeto de derecho distinto de los miembros que la integran y aportan, pero tiene patrimonio, el que se protege de los acreedores particulares de los socios integrantes o *partners*.[53]

9.1.5. Características

Se puede resumir las siguientes características que reúne la *partnership*:

a) Una gestión común destinada a obtener beneficios y repartirlos;
b) El objeto que puede ser transitorio o permanente;
c) No tiene personalidad jurídica;
d) Es obligatorio que se provea la distribución de beneficios;
e) Cada miembro *(partner)* actúa como un agente de la firma y de los demás socios; y,
f) Todos los que participan como *partners* en un negocio son responsables por las deudas de éste.

9.2. La sociedad irregular y el joint venture

La diferencia principal con la sociedad irregular radica en la intención de las partes de formar una persona jurídica distinta a ellas, y que por algún motivo no realizan todas las formalidades necesarias requeridas por la ley, o lo hacen, pero con un defecto esencial. Sin embargo, en su gestión, la intención de crear un nuevo ente está siempre presente, la *affectio societatis*. Y es precisamente la

[53] También constituye una *partnership* y se aplican las reglas de ésta, a quienes, proponiéndose formar una *corporación*, no completan el *iter constitutiva* y quedan en lo que entre nosotros se denominaría una sociedad «irregular». Sergio, LE PERA, ob. cit. p. 57.

ausencia de esa intención la característica principal de las partes en el *joint venture,* por el contrario, están tratando precisamente de evitar cualquier forma societaria.[54]

9.3. La asociación en participación y el joint venture

La asociación en participación es aquella en el que una persona denominada asociante concede a otra persona u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución (art.440 de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades).

Algunos autores afirman que el *joint venture* es una modalidad de la asociación en participación.

Entre el *joint venture* y la asociación en participación existen ciertas características comunes como:

a) Son contratos asociativos, que no originan persona jurídica distinta.
b) Por ausencia de personalidad jurídica, ambas figuran carecen de patrimonio propio, de razón social, domicilio social o nacionalidad.
c) Inexistencia de formalidad para hacerla pública;
d) Objeto limitado a uno o más propósitos transitorios; y,
e) Adolecen de órganos de dirección empresarial previamente establecidos.
f) Ambos contratos son afines en género (asociativos) pero distintos en especie.

Entre las diferencias se pueden señalar las siguientes:

a) En la asociación en participación las funciones de cada una de las partes están determinadas por la ley;
b) El asociante es quien conduce la operación y la administra, y es la única parte conocida por los terceros. En el *joint venture* la capacidad de gestión esta a cargo de todas y cada una de las partes;
c) El asociado contribuye con bienes o servicios, sólo para obtener una participación en los resultados económicos, sean ganancias o pérdidas, en la proporción pactada[55];
d) Los terceros no adquieren derechos frente al asociado, ni asumen obligaciones, el único responsable es el asociante, en cambio en el *joint-venture* todos los sus miembros actúan conjuntamente frente a terceros y asumen

[54] José León Barandiarán Hart, *op. cit.*, p. 38-39.

[55] Id., p. 39.

los derechos y obligaciones derivados del negocio para el cual se han asociado.[56] La figura del asociado corresponde a un socio oculto.

e) En cuanto a la contribución en la asociación en participación se presume respecto a terceros que los bienes aportados son de propiedad del asociante, en el *joint venture* las contribuciones que hacen las partes permanecen en su propiedad.

f) El objeto la asociación en participación pueden ser varios proyectos, en cambio, del *joint venture* es un sólo negocio o proyecto

9.4. Consorcio y joint venture

Ha existido confusión con estas figuras, asimilándolos cuando en realidad existen diferencias entre ellas, es así cuando la Ley Nº 26877, Ley General de Sociedades, norma el contrato de consorcio, se sostuvo que se había normado el contrato de *joint venture*.

Entre las diferencias que la doctrina considera respecto de ambos contratos se puede citar las siguientes:

1) En cuanto al objetivo que persiguen ambos contratos, el contrato de consorcio no establece un objetivo común, lo que existe es un conjunto de intereses –individuales– puestos en común, los bienes y servicios que se aportan revisten un carácter instrumental, en cambio en el *joint venture* hay un objetivo común.

2) En lo que respecta a la responsabilidad en el *joint venture*, se limita a los aportes comprometidos, en cambio en el consorcio no es usual que exista un aporte común de las partes intervinientes.

3) En lo que se refiere al plazo del contrato, en el caso del *joint venture* este está preestablecido y responde a la actividad que se persigue, en el consorcio, por el contrario, el plazo está sujeto fundamentalmente a la duración del negocio, existiendo permanencia.[57]

4) En el contrato de consorcio cada parte asume las responsabilidades en el área en que se ha comprometido a actuar, en cambio en el contrato de *joint venture* cualquiera de las partes, todas ellas o un tercero, puede asumir la responsabilidad de la gestión.

5) El campo de aplicación del contrato de *joint venture* es mayor que el del consorcio, que se limita al campo económico, mientras el primero además puede comprender estudios, proyectos, investigaciones etc.

---

[56] Id., p. 27.

[57] Señala Sierralta, «que en el contrato de *joint venture* «El plazo es cierto y la intención de las partes es la mutualidad o gestar el negocio, en tanto que en los consorcios existe permanencia». Aníbal SIERRALTA R. y Luz OLAVO B., *op. cit.*, p. 92.

9.5. El joint venture *y la sociedad anónima*

Existen diferencia marcadas entre ambas instituciones, el aporte en la sociedad anónima no puede ser en servicios, lo que sí ocurre en el *joint venture*.

En el *joint venture* no hay patrimonio propio, el porcentaje de participación no esta en las acciones, sino esta simplemente pactado en el contrato.

La responsabilidad de los socios en la sociedad anónima es limitada, en el *joint venture* personal e ilimitada.

Por último, el contrato de *joint venture* es auto organicista, pues en él quienes efectúan las contribuciones o prestaciones tienen derecho a la gestión.

9.6. El joint venture *y la sociedad colectiva*

Guarda la sociedad colectiva un mayor parecido con el *joint venture*, este proviene del *partnership* el cual tiene similitud con nuestras sociedades colectivas.

Esta relación se manifiesta en la gestión colectiva del negocio, puesto que todas las partes son gestoras del fin social. Ambas figuras contemplan el mismo grado de responsabilidad, se responde personal e ilimitadamente.

Sin embargo, en la colectiva la responsabilidad es solidaria, en el *joint venture* se presume que es mancomunada, salvo pacto en contrario.

9.7. El joint venture *y la unión transitoria de empresas*

La unión transitoria de empresas (UTE) surge, señala Marzorati[58] para cubrir una necesidad de tráfico comercial. Se les define como los contratos por los cuales las sociedades y empresarios individuales pueden reunirse para el desarrollo y ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, pudiendo además desarrollar o ejecutar obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

La UTE es una variante de los contratos de colaboración empresarial, constituyéndose con una finalidad determinada y transitoria, agotando su duración con el cumplimiento del objetivo específico perseguido.

La UTE, se sostiene, responde al esquema de los *joint venture* instrumentales.

Entre las principales características de la UTE se encuentran:

1. No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho.
2. El contrato debe constar por escrito.
3. Posee un nombre y un domicilio común.

---

[58] Osvaldo J. MARZORATI, *op. cit.*, p. 97.

4. No presume la responsabilidad solidaria entre los socios.
5. Debe designarse un representante en común.
6. Otorga libertad a las partes para establecer los derechos y obligaciones que la regirán.
7. Esta circunscrito a una obra, servicio o suministro específico de duración determinada.

En la legislación argentina el artículo 377 de la Ley 22.903 establece que: «Las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella podrán, mediante un contrato de unión transitoria, reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República. Podrán desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

«Las sociedades constituidas en el extranjero, podrán participar en tales acuerdos previo cumplimiento del artículo 118, tercer párrafo». Este requisito se refiere a justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

No constituyen sociedades, ni son sujetos de derecho, excepto para ciertos fines impositivos.

Las sociedades que conforman una UTE celebran un contrato, el cual se inscribe en el Registro Público de Comercio (Inspección General de Justicia), entendiendo la doctrina, al respecto, que la mencionada inscripción no tiene efecto constitutivo.[59]

Se presenta la similitud entre el *joint venture* y la UTE, ya que en ambos casos varias partes se asocian temporalmente, sin constituir sociedad, para realizar un proyecto específico, y obtener una ganancia.

10. CELEBRACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DEL JOINT VENTURE

La celebración del contrato responde a diversas etapas, generalmente se acostumbra a celebrar un acuerdo base en el que se define los derechos y deberes fundamentales de los co-*ventures*, los que incluyen en detalle en los diversos contratos que pueden celebrarse a los que se les denomina satélites, como serían los

[59] Ante la falta de inscripción del contrato, no hay una norma que prevea una sanción al respecto. Pero cabe preguntarse qué sucede ante la no inscripción, la respuesta es que el contrato sigue vigente y las partes podrán reclamarse las prestaciones previstas en el mismo, siempre dentro de las disposiciones legales y respetando la moral y el orden público. Esta era la doctrina receptada -antes de la reforma de la Ley 22.903- en los fallos *Calzetta, Antonio c/Coordinadora de Servicios R.A.S.A.* (CNCom., Sala A, 1-IV-1986) y *Colva S.A. c/Concisa C.I.S.A.* (CNCom., Sala A.12-11-1987). Alicia GIL PRELI, *op. cit.*, p. 96.

acuerdos sobre tecnología[60], acuerdos de compra y comercialización,[61] acuerdos de administración de cuentas, etc.

En cuanto a la terminación del contrato, las causas pueden ser aquellas propias de la extinción de cualquier contrato como serían, la expiración del plazo, el cumplimiento del objeto, o las derivadas del incumplimiento de las obligaciones.

Existen además causas que corresponden a la naturaleza del contrato de *joint venture*, como es el caso de la salida, muerte o quiebra de un co-*venture*, que pudiera impedir la culminación del proyecto o negocio. Debe tenerse presente que la relación que nace en esta clase de contrato es *intuitu personae*, por lo que se trata de sujetos con ciertas características para el desarrollo de un determinado tipo de negocio, siendo, en algunos casos, de difícil sustitución, tal como sería los *joint venture* con fines de investigación; la salida de una de las partes determina el fin de la relación.

La consecuencia de la disolución del negocio será la necesidad de la designación por parte de los co-*ventures* de la persona de uno de ellos o de un tercero para que actúe como liquidador.

11. EL JOINT VENTURE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

La necesidad de colaboración entre las empresas para afrontar los retos del mercado ha determinado en los últimos tiempos formas asociativas de colaboración empresarial a la que la doctrina y la práctica denomina alianzas estratégicas.

Esta alianzas pueden establecerse sin constituir una nueva persona jurídica, y entre empresas competidoras, lo que da lugar a una relación empresarial que puede ser bajo la forma de un *joint venture,* lo que implica a su vez una concentración empresarial que puede atentar contra la competencia, al constituir esta unión un mayor poder en el mercado, que llevaría a una posición abusiva de dominio.

Las relaciones que surgen entre las empresas que nacen de esta cooperación da lugar, señala Jacquemin-Remiche, a que nos encontramos frente a dos tipos de comportamientos: los competitivos basados sobre la rivalidad y el conflicto; y los comportamientos fundados sobre la concertación y la acción colectiva.[62] El primero de ellos tiene relación con la competitividad del mercado.

---

[60] Estos acuerdos versan sobre una licencia en particular, las normas y el control de calidad, las penas, el sigilo operacional, el suministro de procedimientos para la industrialización y uso de la técnica. César E. RAMOS PADILLA, *op. cit.*, p. 218.

[61] Establece los lineamientos básicos en cuanto al modo en que se han de comprar las materias prima, componentes y suministros, en cuanto a la comercialización se determina la relación e intervención de los socios, la utilización de las redes de distribución, política de precios y descuentos, promociones. *Id.*

[62] JACQUEMIN-REMICHE, «Cooperatin entre les entreprises. Entreprises conjointes, strategie industrialles et pouvoirs publics» p. 87, citado por Osvaldo J. MARZORATI, *op. cit.*, p. 32.

Siendo el *joint venture* un acuerdo de colaboración que pueden ser concertado entre competidores, hay el peligro que la competencia se reduzca, representado un perjuicio para los consumidores y el mercado en general.

Las prácticas anticompetitivas producto del gran desarrollo industrial, especialmente en la industria del petróleo, y la aparición de las grandes empresas, fueron materias de sanción a partir de fines del siglo XIX, es así que en los Estados Unidos se dicta la Ley Sherman (*Sherman Act*); se ha señalado que los *joint venture* fueron utilizados para eludir las restricciones.

La Ley Clayton (*Clayton Act*) considera, en su Sección 7, que toda fusión, adquisición o alianza estratégica que impliquen una distorsión en la estructura del mercado, se encuentran prohibida «en cualquier actividad económica que afecte el comercio en el país y cuyo efecto sea el reducir significativamente la competencia o tienda a crear un monopolio.....»[63]

A efecto de deslindar la situación del *joint venture* frente a las alianzas estratégicas y la limitación de la competencia, en las alianzas se asocian competidores reales o potenciales, mientras que en los *joint venture* no existe tal condición.

Por otra parte, al representar el *joint venture* la expresión de una política industrial de las empresas de grandes dimensiones, y dado que sus contornos no

---

[63] El sistema americano de leyes *antitrust*, si bien está estructurado en torno a la *Sherman* y a la *Clayton Act*, no se agota en estas normas, ya que ha sido complementado por las siguientes disposiciones:

a) *Federal Trade Commission Act.*

b) *Hart Scott Rodino Antitrust Improvement Act, de* 1976.

c) *National Cooperativo Research and Production Act.*

d) *Webb-Pomerene Act.*

e) *Export Trading Company Act*, de 1982.

Además de las nombradas, existen otras disposiciones aplicables, como la *Wilson Tariff Act*, la Ley Antidumping de 1916, la *Tariff Act* de 1930, los derechos compensatorios, los derechos *antidumping*, la Ley de Comercio de 1974 y las muy conocidas secciones o art. 337 de la Ley sobre Tarifas, y los arts. 210 y 301 de la *Trade Act*, agregados como enmiendas al texto original.

Los organismos encargados de velar por la aplicación de las leyes *antitrust* de los Estados Unidos de América son el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission, conocida como la FTC.

Estos organismos no sólo estudian y cuestionan toda conducta antimonopólica y promueven demandas civiles y penales, sino que también sancionan pautas, denominadas *guidelines*, cuya última revisión data de abril de 1995, que tienen por finalidad proveer cierta certidumbre y guía a las empresas sobre qué conductas son consideradas antimonopólicas, y, particularmente, intentan aclarar cuáles son las políticas de ambas agencias relacionadas con su posición frente a operaciones internacionales. Citado por Osvaldo J. MARZORATI, *op. cit.*, pp 66 y 67.

han sido siempre claros, tampoco pudieron sustraerse al fenómeno de la tendencia de la concentración de la empresa moderna.

En efecto, éstos no constituyen un fenómeno puramente episódico, pero representan la expresión de una política industrial de las empresas de grandes dimensiones. Dado que el contorno del *joint venture* no ha sido siempre claro, tampoco pudo sustraerse al fenómeno de la tendencia de la concentración de la empresa moderna.

12. EL JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El antecedente más remoto del contrato de *joint venture* en la legislación nacional se puede encontrar en el Decreto Supremo Nº 034-80-VC, que corresponde al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Rulycop), el mismo que adquiere fuerza de ley en virtud de la Ley Nº 23350 del 29 de diciembre de 1981, cuyo art. 3.2.5, permite asociarse a contratistas para participar en licitaciones de obras públicas señalándole determinados requisitos, debiendo acompañar promesa o compromiso de asociación, y en caso de ser beneficiado con la buena pro, deberán formalizar tal compromiso precisando el porcentaje de participación y responsabilidad de cada asociado.

Este mismo criterio se mantiene en los dispositivos que modificaron el mencionado Reglamento, en la actualidad en la Ley Nº 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su artículo 37 (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM del 26 de noviembre del 2004).[64]

Por otra parte, el Decreto Supremo Nº 010-88-PE del 23 de marzo de 1988 permite la participación conjunta transitoria de embarcaciones pesqueras extranjeras para consumo nacional.

Posteriormente, a comienzo de la década de los noventas, se dictan diversos decretos legislativos, los cuales tratan de la figura del *joint venture* el Decreto

---

[64] Artículo 37.- Ofertas en Consorcio.- «En los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para ello será necesario acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará una vez consentido el otorgamiento de la buena pro y antes de la suscripción del contrato.

Las micro y pequeñas empresas mantendrán los beneficios, bonificaciones o similares que las normas establezcan cuando participen en consorcio

Las partes del consorcio responderán solidariamente ante la Entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual en el consorcio durante los procesos de selección, o de su participación en conjunto en la ejecución del contrato derivado de este deberán designar un representante o apoderado común con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postores y del contrato hasta la liquidación del mismo.

Las partes del consorcio deben estar inscritas en el Registro Nacional de Proveedores y encontrarse hábiles para contratar con el Estado».

Legislativo Nº 674 del 27 de setiembre de 1991, que en su artículo 2 considera al *joint venture* como una modalidad de inversión privada en la actividad empresarial del Estado; el Decreto Legislativo Nº 662 del 2 de setiembre de 1991, al referirse a los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares, que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual (art. 1, inc. h).

El Decreto Legislativo Nº 708 del 14 de noviembre de 1991, denomina, en su artículo 4, al *joint venture* como contrato de riesgo compartido, señalando que este contrato es de carácter asociativo, destinado a realizar un negocio común, por plazo determinado o indeterminado, en el que las partes aportan bienes o recursos o servicios que se complementan, participando en la utilidad o el ingreso bruto, la producción u otras formas que convengan, pudiendo ejercer cualquiera de las partes o todas ellas la gestión del negocio compartido.

El Decreto Supremo Nº 162-92-EF, del 12 de octubre de 1992, reconoce al *joint venture* como una modalidad de inversión privada en la actividad empresarial del Estado. Son los recursos destinados a inversiones de riesgo, proveyendo bienes o servicios a empresas, lo que no supone aporte de capital, operación de carácter contractual por la que se le otorga al inversionista una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas y/o utilidades netas de dicha empresa (art 1 inc a., acápite a 3).

Por su parte el Reglamento de la Ley de Minería, Decreto Supremo Nº 03-94-EM, del 15 de enero de 1994, siguiendo las pautas de la ley, precisa ciertos aspectos de los *joint venture* dedicados a la actividad minera en sus arts. 152 y siguientes, expresando en artículo 154 que este contrato no constituye sociedad ni establecen personería jurídica distinta a las partes, no genera persona ni sujeto de derechos, asimismo, que el patrimonio se encuentra constituido por los bienes, recursos o servicios que las partes destinen al *joint venture*. En cuanto a los derechos y obligaciones, el artículo 155 dispone que estos se rigen por lo acordado en el contrato. En lo que se refiere a la formalidad, el artículo 156 señala que se requiere Escritura Pública, debiendo inscribirse en el Registro Público de Minería, así como las modificaciones, designación de administradores, su revocatoria, liquidadores, etc.

La Ley Nº 26876, del 19 de noviembre de 1997, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, reglamentado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI de 16 de octubre de 1998, define en el artículo 2 de la ley como concentración empresarial las siguientes conductas «(...) la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración del contrato de asociación *joint venture*, (....)», estableciendo un control *ex ante*, o sea, el control previo de las concentraciones empresariales, las mismas que podían manifestarse a través del *joint venture*.

Capítulo XVIII
CONTRATO DE CORRETAJE

1. Antecedentes. 2. Concepto. 3. Definición. 4. Características. 5. Naturaleza jurídica. 6. Partes que intervienen. 7. Obligaciones de las partes. 8. Deberes del corredor. 9. Obligaciones de quien hace el encargo al corredor de las partes. 10. Derecho a la retribución. 11. Identidad entre el negocio mediado y el celebrado. 12. Extinción del contrato.

1. ANTECEDENTES

En España la primera reglamentación de los corredores ocurre en 1271, conocida con el nombre de las «Ordenanzas de Lonja y Oreja», en las cuales se reglamentaba a los «Corredores Oreja», conocidos por este nombre debido al secreto que estaban obligados a guardar.

La reglamentación se hacía desde el punto de vista subjetivo, es decir, se reglaba la actividad del mediador como comerciante, pero no el contrato de corretaje.

Posteriormente, luego la Real Cédula de Alfonso V de Aragón, en 1744, califica a los «Corredores de Oreja» como personas públicas y les reconoce, además de su función mediadora, la de dar fe sobre las operaciones en las cuales intervienen.

Las *Ordenanzas de Bilbao* le reconocieron ese matiz publicista a los corredores, señalando que «en evento de discusión entre los contratantes de un negocio», los libros del corredor darían fe.

En Alemania la utilización práctica de la figura de los mediadores comienza con la necesidad de negociar entre un nativo y un extranjero, intermediario que además servía de intérprete. En la Edad Media el corredor se presenta como un funcionario al servicio de las municipalidades, tienen una función imparcial, y

además controla la actividad el comercio. En el siglo XIX se presenta un cambio en la tradicional concepción del corredor, que sufre una liberación paulatina; se termina el monopolio de los corredores oficiales y al lado de éstos se permiten los corredores libres. Y luego el Código de Comercio de 1897 suprime a los corredores oficiales, regulando solamente a aquellos que son comerciantes.

En los códigos de España y de Francia no existe regulación del contrato de corretaje, se dedican más bien a regular la actividad de los mediadores desde el punto de vista subjetivo.

Los códigos de Italia y Suiza regulan la mediación como un contrato.

2. CONCEPTO

En el contrato de corretaje encontramos un comerciante profesional que, a cambio de una remuneración, pone todo su esfuerzo para concertar la oferta y la demanda para promover la conclusión de contratos mercantiles.

Se suele llamar corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculada a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

La actividad que despliega el corredor es completamente promocional, encaminada a poner en contacto a dos personas para que ellas contraten. No participa en la conclusión del negocio como mandatario o representante de alguna de las partes, se mantiene al margen, pues su labor cronológicamente es la preliminar.

Estos criterios son los rectores en la legislación colombiana y en la italiana. En el art. 1754 del código italiano se señala que «es mediador aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, dependencia de representación».

3. DEFINICIÓN

Por el contrato de corretaje entendemos aquel en que una parte, que es un profesional a quien llamamos corredor o mediador, se obliga, a cambio de una remuneración, para con otra u otras partes que se encuentran interesadas en la conclusión de un negocio jurídico mercantil con un tercero en el primer evento, o con un tercero o entre sí en el segundo evento, a indicar el momento, y el tercero con quien se va a celebrar el negocio jurídico.

4. CARACTERÍSTICAS

a) Se denota la presencia de un profesional en la intermediación de negocios de un determinado ramo o actividad, con conocimiento del mercado.

b) Ese profesional recibe un encargo para que realice una actividad material, consistente en la promoción o ambientación para la celebración de un contrato. Debe contactar a las posibles partes e inducirlas a celebrar el contrato.

c) Ese profesional no concluye el contrato. Su actividad no es realizar el acto jurídico por cuenta de un tercero como en el mandato, sino que debe realizar meras actividades promocionales y materiales.

d) Su encargo no es permanente, es sólo un intermediario de momento. No sucede con el corredor lo que sucede con algunos agentes mercantiles que tienen vocación a la duración y a la estabilidad. El corredor recibe un encargo concreto para un negocio concreto y luego que lo promociona y contacta a las partes se despide.

e) El contrato de corretaje es remunerado.

5. NATURALEZA JURÍDICA

a) *Naturalezd contractual del corretaje.* Algunos tratadistas no aceptan la naturaleza contractual, pues consideran que el trabajo mediador constituye una mera actividad de hecho, que no produce efectos jurídicos hasta el momento en el que se concluye el negocio jurídico. Consideran más bien al corretaje como una promesa unilateral antes que un contrato. Bolaffio destaca esta apreciación y señala que se trata de una promesa unilateral, destinada a transformarse en el verdadero contrato de mediación, solamente cuando se concluye el contrato principal. En tal evento el corretaje sería un contrato plurilateral.

Vivante refuta esta tesis y dice que «para demostrar que el contrato de mediación no depende del contrato principal, basta considerar que faltaría todo fundamento jurídico a las obligaciones que hubieren podido contraer recíprocamente el mediador y el primer contratante aun antes de haber aparecido el segundo; dicho primer contratante puede, en efecto, haberse comprometido a rembolsar al mediador los gastos de correspondencia, de viajes etc.; a garantizar un mínimo de retribución por el su trabajo; el mediador puede haberse obligado a realizar determinadas gestiones para preparar el contrato; los dos pueden haberse obligado mutuamente a esperar el resultado de las gestiones durante cierto tiempo».

Ferri afirma que la obligación de remunerar al mediador no nace de un contrato, sino de la ley, basándose, como razón fundamental, en la independencia del mediador en su trabajo. El código italiano no define la mediación sino que tan sólo explica la actividad del mediador.

El código colombiano tampoco define el contrato de corretaje, sino la actividad del corredor.

b) *La autonomía contractual del corretaje:* Algunos niegan al corretaje su autonomía como figura contractual. Para Stolfi, el contrato de mediación está sometido a una condición suspensiva, cuyo evento futuro consistiría en el hecho de que el *mediador* cumpla con el encargo que se le ha encomendado, es decir, que procure un tercero que efectivamente celebre el negocio jurídico pretendido con quien le hizo el encargo. Nada impide que las partes estipulen una remuneración para el corretaje, aunque no se concluya el negocio encargado, es decir, el contrato de mediación existe independientemente del negocio pretendido. El incumplimiento del corredor puede traerle otras sanciones además de la pérdida de la remuneración. Así, si actúa negligentemente y de allí se derivan perjuicios, estaría obligado a indemnizar a su encargante.

Se pretende considerar a la mediación como unos actos preliminares, dirigidos a la realización del negocio principal. Se habla de la mediación como un contrato preliminar, con una naturaleza similar a la que tendría una promesa de contrato o un pacto de preferencia, lo cual no es cierto, pues puede existir la mediación con independencia del contrato principal, es más, aunque el contrato principal no llegue a celebrarse.

c) *La mediación es un contrato principal.* Aun siendo preparatorio para otro, no depende de éste más que en la producción de algunos de los efectos y tiene su propio objeto y causa, independientemente y separados de los de aquél.

d) *Es un contrato de colaboración.* Se le suele confundir con los contratos de mandato y el de agencia, pues todos ellos tienen en común que son contratos por los cuales se gestionan intereses ajenos.

El mandato implica un encargo para realizar un negocio jurídico, en el cual intervendrá el mandatario con o sin representación, pero siempre por cuenta ajena. La misión del corredor no es concluir sino preparar o facilitar la conclusión del contrato.

Con la agencia se asemejan en que se procura la promoción y la facilitación de los negocios dejando la conclusión al empresario de quien recibió el encargo. La nota distintiva se centra en la vocación a la duración que inspira a la agencia y en la momentaneidad que caracteriza el corretaje. El corredor no establece relaciones duraderas entre el mediador quien hace el encargo, en cambio la agencia es un contrato caracterizado por su duración.

En conclusión, el corretaje es un contrato principal; es un negocio jurídico de colaboración; es oneroso, pero relegado al momento en que se concluya el negocio jurídico; y es atípico y consensual.

6. PARTES QUE INTERVIENEN

El corretaje es un convenio de colaboración, en el cual pueden intervenir dos o más partes. El número de partes depende de la modalidad.

a) El corredor se encuentra en una doble relación. Existen dos contratos de corretaje, dos encargos diferentes y dos relaciones de mediación distinta aunque con un sujeto común. No podrá entenderse que hay un solo contrato con tres partes, hay dos encargos diferentes que nos lleva a observar dos contratos distintos con un sujeto común.

b) También puede darse el caso que un corredor reciba el encargo de una persona para buscar a quién vender su propiedad y que otro corredor diferente reciba de otra persona el encargo de buscar el bien. En tal supuesto existirían dos relaciones jurídicas diferentes que simplemente coinciden en uno sus elementos reales. Tampoco en este supuesto puede hablarse de un corretaje con tres partes, sino de dos corretajes bien diferenciados.

c) El corretaje no es exclusivo de la compra o de la venta, se puede hacer mediación para cualquier acto bilateral o plurilateral. La mediación puede tener por objeto cualquier negocio que sea lícito.

7. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Según muchos autores, el corredor no contrae ninguna obligación para con quien le hace el encargo, así como tampoco queda obligado quien le ha hecho el encargo al corredor. Las partes conservan su libertad el corredor para buscar el tercero con quien facilitar el negocio y el cliente para concluir o no el negocio que le proponga el corredor.

La mayoría de la doctrina coincide que sí le corresponden obligaciones al corredor resultante del contrato, fuera de aquellas que tiene dado su carácter de comerciante profesional. La obligación fundamental del corredor sería una obligación de medio, consistente en el deber jurídico de poner todo su empeño y diligencia en facilitar el negocio jurídico que se la ha encomendado.

El corredor está obligado a ser *diligente*, por tanto debe ser activo, buscar el tercero que pueda interesarse en el negocio. Se obliga a hacer las gestiones que sean usuales en el tráfico al que se dedique.

De ninguna manera se obliga a obtener un resultado concreto, es decir, a que se concluirá el negocio que le ha sido encargado

8. DEBERES DEL CORREDOR

a) *El deber de información.* Lo tiene el corredor para con las partes en cuyo negocio intenta mediar y consiste en el deber de comunicarles todas aquellas circunstancias que él conozca y que se relacionen con la valoración y la seguridad del negocio. Debe mantenerlo informado de la marcha y de las actividades promocionales tendientes a la conclusión del negocio.

b) *Debe atender las instrucciones* que le observe su comitente y procurará atenderlas en la búsqueda del tercero con quien se concluirá el negocio.

c) *Indelegabilidad.* El mediador no podrá delegar el encargo que ha recibido sin la autorización expresa de su cliente; esto indica el carácter de confianza que tiene el corredor.

d) *En algunas legislaciones se les obliga a llevar libros especiales*, a los cuales algunos países les dan carácter oficial. En este libro deben anotar las operaciones que lleven a término y se les suele dar el carácter de probatorios.

e) *Deben guardar secreto* en todo lo concerniente a las operaciones en que intervengan.

f) *Imparcialidad.* Este es un deber del corredor, como la obligación de defender el interés de la persona de quien recibe el encargo, y si éste es doble, estará obligado a defender de manera imparcial, los intereses de ambas partes.

9. OBLIGACIONES DE QUIEN HACE EL ENCARGO AL CORREDOR

El corredor tiene derecho a la retribución, pero con la advertencia de que este derecho no se concreta sino hasta cuando se celebre el negocio en el cual interviene.

No obstante el conocimiento de la retribución para el mediador, las partes en el contrato de corretaje pueden estipular en contrario, es decir, podrán advertir que el corredor tenga derecho a una retribución independientemente de que se concrete o no el negocio.

En la legislación colombiana la retribución a la que se tiene derecho es a la fijada por las partes. Si no está fijada, se hará de acuerdo a la costumbre, y en defecto por la que fije el juez.

El obligado a pagar la contraprestación es quien hizo el encargo al corredor. Sin embargo, las modalidades pueden ser varias:

a) Si el corredor ha recibido el encargo de dos personas por separado, existen dos contratos de corretaje, por tanto dos obligaciones independientes; cada uno de los encargantes debe la retribución al corredor, y no será posible invocar la solidaridad pasiva, precisamente por tratarse de dos obligaciones de fuentes distintas. Tampoco es un caso de divisibilidad de la obligación.

b) Si un corredor ha recibido su encargo de una persona y otro corredor a su vez de otra, y ambos corredores concertan el negocio; se presentaría en tal evento pluralidad de contratos de corretaje y pluralidad de corredores. Cada uno de los corredores tendrían derecho a un porcentaje de la retribución, la que se dividiría en partes iguales entre los intervinientes.

c) En el supuesto que el corredor reciba el encargo de varias personas para que facilite entre ellas un mismo negocio jurídico, la remuneración la deberán pagar los intervinientes en el negocio por partes iguales.

Es costumbre pensar que la retribución está a cargo del vendedor. Esto será posible mediante cláusula expresa, de no ser así, los intervinientes son los obligados al pago de la prestación del corredor por partes iguales y en forma solidaria.

10. DERECHO A LA RETRIBUCIÓN

Surge el derecho a la retribución cuando se celebra el contrato definitivo que pretendía el encargante, y no aquellos contratos que son preparatorios de aquél; a no ser que lo que pretende el encargante es el contrato preparatorio, como podría ser un contrato de promesa de compraventa, en lugar del contrato de compraventa definitivo.

Vivante opina que se requiere que el negocio subsista jurídicamente. La nulidad del negocio haría perder todo beneficio económico al cliente del corredor y por tal motivo el mediador perdería su contraprestación. Otros autores opinan que la exigencia de la validez del contrato debe ser materia de distingos. El mediador desarrolla una actividad de promoción y no de asesoría jurídica, no siendo ésta su misión.

La ley colombiana mantiene la remuneración del corredor no obstante la nulidad del contrato cuya aproximación gestionó, a no ser que el corredor hubiese conocido la nulidad, en cuyo caso perderá su derecho a remuneración.

Si el contrato se resuelve por acuerdo de partes o por incumplimiento de una de ellas, el mediador no perderá su derecho a la remuneración. La finalidad económica buscada por las partes se cumplió, y el incumplimiento no tiene por qué afectarlos.

Distinto es el caso cuando el contrato se encuentra a condición. Si se trata de una condición suspensiva, el mediador no tendrá derecho a la remuneración sino hasta que la condición se cumpla; si el negocio está sometido a condición resolutoria el corredor tiene derecho a la retribución desde que el negocio se celebra y no la pierde por el evento de la resolución.

11. IDENTIDAD ENTRE EL NEGOCIO MEDIADO Y EL CELEBRADO

Se trata de una relación de causa y efecto que indudablemente se impone para que el corredor pueda tener derecho a su retribución. El negocio mediado debe corresponder en identidad al negocio celebrado, en todos sus aspectos fundamentales. Si no se cumple con este supuesto, no habrá derecho para que el corredor reclame su remuneración.

12. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El corretaje se extingue por haber cumplido su finalidad económica, es decir, por lograr el concierto de las partes y la celebración del negocio pretendido entre ellas.

También el corretaje puede estar sujeto a plazo o condición.

El corredor puede apartarse del encargo, debiendo en todo caso cursar aviso con una anticipación adecuada.

El corredor puede ser una persona natural o jurídica. Si se trata de persona natural, la muerte de ésta pondrá fin al corretaje, pues siempre se le ha tenido como un encargo de confianza. En cambio, la muerte de quien se hace del encargo no pone fin al corretaje, pero impone al corredor, para el cabal cumplimiento de encargo con buena fe, que consulte a sus herederos.

Capítulo XIX
EL CRÉDITO DOCUMENTARIO

1. Antecedentes e importancia del crédito documentario. 2. Concepto y definición. 3. Naturaleza jurídica del crédito documentario. 4. Diferencias con otras figuras jurídicas. 5. Características. 6. Elementos del crédito documentario. 7. Modalidades del crédito documentario. 8. Obligaciones de los intervinientes en un crédito documentario.

1. ANTECEDENTES E IMPORTANCIA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

En los albores del comercio, para la realización de las transacciones comerciales entre sujetos que se encontraban en lugares distanciados geográficamente, se desarrolló un mecanismo rudimentario para el perfeccionamiento de dichos acuerdos denominado: «PAGO POR ADELANTADO», el cual era sumamente riesgoso para el comprador-importador en la medida que se dejaba al albedrío del vendedor-exportador el envío de las mercancías adquiridas.

Posteriormente se ideó el «PAGO CONTRA ENTREGA», este sistema consistía en que el comprador efectuar el pago tan sólo al momento de recibir a entera satisfacción la mercancía solicitada; el vendedor, por su parte, debía soportar esta situación sumamente desventajosa, sin que tuviera la posibilidad de exigir la contraprestación –pago– antes del recibo declarado satisfactorio por el comprador.

Otra de las referencias significativas son la mecánica de las aceptaciones bancarias que para estos efectos se denominan «PAGOS MEDIANTE LETRAS DE CRÉDITO», estas tienen su origen en Amsterdam y posteriormente son adoptadas por Londres en el siglo XVIII. Consistían, en que un grupo de hombres de negocios de notoria solvencia o entidades bancarias solían aceptar o negociar,

mediante el pago de una comisión y a pedido de los importadores relativamente poco conocidos, las letras que giraban sobre estos los exportadores del exterior. Las aceptaciones de estos negociantes solventes económicamente conferían solidez a las letras, que así podían ser descontadas por los exportadores.

El sistema permitía conocer anteladamente que el comprador no recibirá los documentos, ni podrá retirar la mercancía sin el pago o aceptación de la letra. Pero desconoce y nada puede hacer para evitarlo en el caso de que el comprador cambiara de parecer en el último momento, para lo cual le basta abstenerse a pagar, con lo cual quedaba en posición de desventaja, aspecto que luego es perfeccionado con las modalidades del crédito documentario y la formalidad de la apertura de la carta de crédito.

Posteriormente, con la Primera Guerra Mundial la carta de crédito alcanza niveles de uso apreciable en los Estados Unidos. A partir de este importante suceso, los operadores económicos norteamericanos comienzan a intensificar el uso del crédito documentario, tanto en sus negocios de compra como de venta al exterior.

Con el estallido de la Segunda Guerra Mundial es cuando este instrumento alcanza un uso tal que hace del mismo no la excepción, sino la regla en las transacciones celebradas entre diversos países. Su ingreso a los países latinoamericanos, africanos y asiáticos se produce en los albores de la conflagración señalada, cuando los países en desarrollo empiezan a convertirse en abastecedores obligados de las grandes potencias, actuando en sus compras con base en simples ofertas de firmas que le eran desconocidas. Los exportadores, a su vez, recibían pedidos de clientes con quienes no estaban ligados por antecedentes comerciales.

El surgimiento de este sistema obedece, como lo señala Joaquín Garrigues: «(...) a la necesidad de asegurar a los exportadores el pago de las mercancías vendidas en el extranjero (...)»,[1] convirtiéndose en una alternativa para superar las dificultades de las diversas modalidades mencionadas para perfeccionar las transacciones comerciales internacionales. Obedece a la necesidad apareciendo el Crédito Documentario como un sistema estructurado y absolutamente seguro debido a que ya no es el banco del vendedor-exportador quien envía una letra para su aceptación o su cobro, sino que el importador en forma directa a través de una entidad bancaria, en forma directa, o a través de un banco corresponsal, se compromete a pagar la suma de dinero contra la presentación de los documentos respectivos dentro del plazo y las condiciones señaladas por el crédito.

Como se desprende claramente, se produce una inversión en el proceso. Ya no se trata de que el exportador despache las mercancías con los costos inherentes a tal envío y con el riesgo de que eventualmente el importador no las retire ni las pague, situación en la que se vería en la obligación de hacer gastos adicionales

[1] Joaquín GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Imprenta Aguirre, 2da. Edición, Madrid, 1975, p. 587.

para reincorporarla a su país de origen o intentar en condiciones precarias colocarlas en el mercado del país del importador o, en el peor de los casos, la necesidad de acudir a un proceso judicial que habría de ventilarse en un país ajeno al vendedor; considerando las diferencias que pueden existir en las legislaciones, no pueden ser las soluciones más eficientes para el vendedor.

Si bien es cierto que el gran desarrollo del crédito documentario lo ha vinculado con las compraventas internacionales, ello no significa que su apertura no pueda obedecer al cumplimiento de una obligación derivada de un contrato distinto en cuanto la prestación de una de las partes consista en el pago de una suma de dinero.

2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

De acuerdo con lo que establecen las Reglas de Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, Francia, podemos definir al Crédito Documentario: «Como el contrato mediante el cual un ordenante-importador consigue la aceptación de un banco-emisor a efectos de que aperture una carta de crédito a favor de un beneficiario-exportador en los términos y condiciones establecidas por el ordenante». Las Reglas y Usos Uniformes recopilado por la Cámara Internacional son de aplicación obligatoria a las entidades y personas que operan en el comercio internacional, a menos que se estipule lo contrario en el crédito.[2]

Dichas Reglas y Usos Uniformes, en su art. 2, define como: « las expresiones Crédito(s) Documentario(s) y Carta(s) de Crédito(s) standby como todo convenio, cualquiera sea su denominación o designación, por medio del cual un banco (banco emisor), obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones de un cliente (el ordenante del crédito): 1.- debe hacer un pago a un tercero (el beneficiario), o, 2.- autoriza a otro banco para que efectúe el pago o para que pague, acepte o negocie las dichas letras de cambio contra entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones del crédito.[3]

Joaquín Garrigues define a la carta de crédito como: «el instrumento técnico de la operación (...) mediante el cual el banco notifica al vendedor que ha sido abierto en sus libros un crédito a petición del comprador, o de un tercero, o por encargo de este».[4]

En opinión de Luis Guillermo Barbosa, el crédito documentario son «las operaciones relativas (...), en virtud del cual un banco se obliga a pagar, directamente, o por medio de un banco agente, una determinada suma de dinero, o aceptar o negociar instrumentos girados por el beneficiario a cargo del banco mismo y de acuerdo con las condiciones estipuladas, contra presentación de ciertos documen-

---

[2] Reglas y Usos Uniformes Relativos al Crédito Documentario, RRUU 500, art. 1.

[3] RRUU 500, art. 2.

[4] Joaquín GARRIGUES, *op. cit.*

tos claramente determinados en el crédito que los origina y siempre que estos se hallen formalmente en regla.[5]

Antonio Martínez Cerezo define al crédito documentario como: «(...) Aquellos instrumentos empleados en el comercio internacional en virtud de los cuales se logra cancelar el compromiso de pago que el comprador (importador) tiene contraído con el vendedor (exportador), como consecuencia directa y obligación principal del contrato de compraventa».[6]

Sergio Rodríguez Azuero define al crédito documentario como: «el contrato, según el cual, existe un cliente (ordenante de la carta), quien se ha dirigido a su banco (emisor de la misma) y obteniendo que éste le conceda crédito de dinero o de firma, a favor de un tercero, dentro de un cierto tiempo, hasta una determinada cuantía y mediante el lleno de los requisitos previstos en el mismo crédito, que incluyen en primer término, la presentación de un cierto número de documento».[7]

Es importante además tener en consideración la opinión de Hugo Gómez Apac y Analí Jara Pacora[8] cuando señalan que el término «documentario» significa algo perteneciente o relativo a documentos, mientras que «documentado» significa un pedimento o petición acompañando los documentos necesarios; según lo señalado, lo correcto sería utilizar el segundo término.

Noacco lo define como un contrato plurilateral y complejo por el cual un banco se compromete, en su propio nombre, pero por cuenta de un cliente, a pagar a un tercero el precio de mercaderías, o bien aceptar o negociar las letras de cambio libradas por este tercero, contra la entrega formalmente correcta y en debido tiempo de los documentos que representan, describen y amparan esas mercaderías.[9]

La jurisprudencia argentina lo conceptúa como un instrumento típicamente internacional y que consiste en que el importador (comprador de la mercadería) en el carácter de «ordenante» abre un crédito en un banco de su país (emisor o acreditante) para que por medio de otro banco corresponsal (delegado o notificador) del país de procedencia de la mercadería abone el precio al exportador (beneficiario) a la presentación de la documentación de embarque (factura, conocimiento, póliza

---

[5] Luis Guillermo BARBOSA; *Contratos bancarios*, Editorial Temis, 1ra. Edición, Bogotá, 1978.

[6] Antonio MARTÍNEZ CEREZO, *Medios de pago internacionales*, Ediciones Pirámide, 1ra. Edición, Madrid, 1974.

[7] Sergio RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, Editorial ABC, 4ta. Edición, Bogotá, 1990.

[8] Hugo GÓMEZ APAC y Analí JARA PACORA, «El contrato de crédito documentario», en Alexander ORÉ, *Contratos*, Lima, 2000.

[9] Julio César NOACCO, «La relación inicial en el crédito documentado», en *J.A.*, 1967-III-7. n III.

de seguro, etc.)[10] También se concibe al Crédito Documentario como el procedimiento por el cual el comprador conviene con su banco que éste se obligue a pagar al vendedor el precio de la compraventa contra la presentación de los documentos representativos de la mercadería y de su embarque, documentos que, a su vez, garantizan al banco el reintegro del pago que efectuó, procediendo que la obligación contraída la cumpla el banco por medio de una institución bancaria, que añade o no su propia responsabilidad.[11]

Como se puede apreciar, existe una dificultad conceptual propia de este contrato donde se unen relaciones entre el banco otorgante del crédito y el solicitante, y entre aquél y el beneficiario.

Estas tres figuras (banco otorgante del crédito, el solicitante y el beneficiario) son esenciales para la existencia del contrato del crédito documentario. Pueden participar otras pero sin los nombrados no hay contrato; y esto es fundamental.

Por un lado, se necesita que una persona solicite y obtenga un crédito de una institución bancaria en beneficio de un tercero; y por otro lado, se requiere que éste presente al banco la documentación adecuada para percibir el crédito.

Si en lugar de entregarse dinero al tercero beneficiario se trata de negociar o aceptar alguna letra de cambio, ello no cambia la esencia del contrato. Tampoco la cambia que el pago sea hecho por otro banco autorizado, o que el solicitante deba o no aprovisionar previamente los fondos. Estas serán modalidades del crédito documentario pero no hacen a la esencia del contrato.

Una característica básica de este contrato es que el banco asume una obligación directa con el beneficiario que debe ser cumplida sin otra condición que la presentación de la documentación pre-indicada.

El convenio de crédito documentario generalmente responde de forma satisfactoria al deseo del vendedor de obtener efectivo y al deseo del comprador de obtener crédito. Como instrumento financiero sirve de forma independiente a los intereses de ambas partes. El crédito documentario, al proporcionar una forma de pago contra entrega de documentos conformes que representan la mercancía y al hacer posible la transmisibilidad del derecho sobre esas mercancías, ofrece un método único y universalmente utilizado de alcanzar un compromiso aceptable desde un punto de vista comercial.

Compromisos contractuales:

Una operación de crédito documentario consiste en un triángulo contractual:

- En primer lugar, el contrato de compraventa entre comprador y vendedor.

---

[10] Cám, Civ. Cap. Fed., Sala C, *Banco Ganadero Argentino* c. *M.C.B.A., L.L.*, 1986-C-57.

[11] Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., *Sucesores de Horacio Ambrogio S.R.L.* c. *Banco de la Providencia de Buenos Aires y/u otros*, *E.D.*, 25-188.

- En segundo lugar, el pacto sobre solicitud de crédito y garantía o el pacto de reembolso entre el comprador (ordenante) y el emisor (banco emisor), y
- En tercer lugar, el crédito documentario entre el banco emisor y el beneficiario. Si el crédito documentario es confirmado por un tercer banco, el banco que confirma el crédito establece su propio compromiso contractual con el beneficiario, que es adicional al del banco emisor.

Cada nivel contractual es independiente de los otros y regula las relaciones entre las partes que corresponde en cada caso. El apartado 3 de la UCP 500 reconoce esa relación y establece: «Los Créditos son por su naturaleza, operaciones independientes de las ventas o de cualquier otro contrato en los que puedan estar basados y a los bancos no les afectan ni están vinculados por tales contratos, aún cuando en el Crédito se incluya alguna referencia a los mencionados contratos. Por lo tanto, el compromiso por parte de un banco de pagar, aceptar y pagar instrumentos de giro o negociar y/o cumplir cualquier otra obligación incluida en el Crédito no está sujeta a reclamaciones o excepciones por parte del Ordenante, resultante de sus relaciones con el Banco Emisor o con el Beneficiario». Y el apartado 3 (b) de la UCP 500 establece: «El Beneficiario no podrá en ningún caso hacer uso de las relaciones contractuales existentes entre los bancos o entre el Ordenante y el Banco Emisor».

La secuencia de esta modalidad importa, por un lado, a un comprador y a un vendedor que conciertan un contrato de venta en el que se establece el cargo por medio de crédito documentario. Por otro lado, el comprador da instrucciones a su banco –el banco emisor– para que emita un precio a favor del vendedor beneficiario; y el banco emisor solicitar a otro banco, generalmente en el país del vendedor, que avise, quizá también que confirme, el crédito documentario. Como cuarto paso el banco avisador o confirmador notifica al vendedor la emisión del precio.

Al referirse a las relaciones jurídicas derivadas del convenio del crédito documentario, Oswaldo Hundskopf[12] señala que:

a) Como consecuencia de la celebración del contrato de compraventa que origina la operación, surge una relación entre el comprador (ordenador) y el vendedor (beneficiario) en virtud de la cual, el primero se obliga a solicitar la apertura de una carta de crédito para el pago de la mercancía (condición de carácter resolutoria para efectos que el contrato surta plenos efectos).

b) En virtud a la condición pactada en el contrato de compraventa, se origina a partir de la aceptación de la solicitud de apertura de crédito, una relación entre el comprador (ordenador) y el banco emisor, generándose simultáneamente el contrato de crédito documentario.

---

[12] Oswaldo HUNDSKOPF, *La importancia del crédito documentario*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003

c) Luego de efectuada la solicitud de crédito, se apertura una carta de crédito en favor del vendedor (beneficiario), surgiendo así una relación entre este y el banco emisor. En virtud a ello, el beneficiario tendrá derecho a exigir al banco el pago del importe de la mercancía, siempre que se haya cumplido con las exigencias pactadas.

d) Otra relación existente es aquella que nace entre el banco emisor y el banco notificador o confirmante, según el caso. El banco confirmante refuerza la obligación asumida por el banco emisor, sin que con ello importe liberar al banco emisor de su obligación de pago. No obstante, debemos distinguir esta figura de aquella en la que participa un banco notificador, en la cual éste se limitará a notificar al beneficiario del crédito la apertura del mismo.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

Como bien lo señala Joaquín Garrigues, «la complejidad técnica de la operación (...) se traduce lógicamente en una gran complicación jurídica que, lejos de ser simplificada, ha sido agravada por las construcciones de los autores»[13]. Particularmente, y de acuerdo con el citado autor, creemos que nos encontramos frente a una pluralidad de contratos ligados entre sí por una misma finalidad económica que consiste en asegurar a un vendedor el cobro de la prestación mediante la asunción de un banco de la obligación de pagar el precio y del comprador de tener la certeza (de manera formal) de que las mercancías que ha adquirido son las que solicitó.

Si bien es cierto que el contrato de crédito documentario surge como un contrato accesorio[14] de un contrato de compraventa internacional, ya que para que este se origine tiene que existir un acuerdo de voluntades previo, este tiene la característica peculiar que es independiente del contrato subyacente.[15]

Particularmente, y en concordancia con Balandra,[16] citado por Garrigues, se trata de una estructuración de un contrato de compraventa internacional, y «no hay un contrato entre tres personas, sino que hay tres fases sucesivas, en cada

---

[13] Joaquín GARRIGUES, *op. cit.*

[14] «En el Derecho de los Contratos son «accesorios» aquellos que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal». En Guillermo CABANELLAS, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1988, p. 71.

[15] Se debe además tener especial consideración que, si bien es cierto que el crédito documentario es un contrato accesorio, este es independiente al contrato principal en cuanto a los efectos y las obligaciones que pudiese generar el mismo; es decir, que los bancos no pueden oponer argumentación alguna relacionada con el contrato principal (compraventa internacional) para no efectuar el pago o sustraerse de sus responsabilidades generadas por el contrato de crédito documentario.

[16] «Aperture di credito utilizzabili da terci» (R.D.C. 1926, I, pp. 332), Roma.

una de las cuales uno de los tres participantes en el negocio es tercero en sentido jurídico respecto de los otros dos». En el contrato preliminar entre comprador y vendedor no participa de manera alguna el banco encargado del pago, aunque exista la posibilidad de que este se encuentre designado en una cláusula del convenio; en el contrato de apertura del crédito entre el comprador y el banco no interviene el vendedor, aunque esté designado como beneficiario del crédito abierto; en la emisión de la carta de crédito del banco no participa el ordenante del crédito, aunque el banco asuma una obligación propia frente al beneficiario en ejecución de los acuerdos adoptados con el ordenante y en su interés.

El compromiso que adquiere el banco emisor es independiente y autónomo del contrato de compraventa, por lo que si una de las partes incumpliera con alguna de las condiciones esto no da oportunidad que cualquiera de las partes impugne o trate de observar su ejecutabilidad.

Esta naturaleza *sui generis* hace que el contrato pueda ser confundido con algunos contratos nominados en nuestro ordenamiento civil, con los cuales tiene algunos elementos comunes pero también tiene diferencias sustanciales.

Teoría del mandato: Se ha sostenido que el solicitante del crédito (también llamado ordenante) y el banco celebran un contrato de mandato por el cual éste, actuando como mandatario de aquél, debe pagar al vendedor el precio convenido contra la entrega de los documentos preindicados. Sin embargo, esta tesis no es consistente. Las diferencias entre el crédito documentario y el mandato son importantes. Por una parte, el mandatario no se obliga personalmente en tanto que el banco asume esa obligación. Por otra parte, si bien ambos contratos pueden celebrase en forma revocable o irrevocable, debe tenerse en cuenta que el mandato irrevocable puede revocarse por justa causa, en tanto que el crédito documentario irrevocable no admite excepciones.[17]

Es propicio recordar, refiriéndose al crédito documentario, que se ha hablado de un «mandato no representativo» o de un «mandatario en nombre propio». Con todo, la idea del mandato resulta poco clara e incompleta, poco clara, porque el rasgo característico del mandato es la representación; incompleta, porque no alcanza a explicar la relación banco-beneficiario.[18]

---

[17] Marino MILELLA y Margarita SKODNIK, *Teoría jurídica del crédito documentario*, p. 266, n I-8.

[18] No es sobreabundante recordar la opinión de TORRESLAS, Antonio, *Sociedad Financiera*, Madrid, 1976, n. 24/15. quien distingue, según se trate, de un crédito revocable o irrevocable. Juzga que en este último caso nos encontramos frente a un contrato autónomo; en cambio, si el crédito es revocable, afirma que el banco es mandatario del comprador, pero agrega, no hay relación jurídica entre el banco y el vendedor, tratándose ésta de una obligación potestativa pura que carece de efectos jurídicos. Se advierte, entonces, como decimos en el texto, lo incompleto que resulta buscar en el mandato la naturaleza jurídica del crédito documentario.

Asimismo, cabe destacar que si el banco fuera considerado un mandatario deberá abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución fuere manifiestamente dañosa para el mandante, con la consecuencia de que si no se abstiene deberá responder por los daños correspondientes; por ejemplo, si la mercadería estaba en mal estado y el banco lo sabía[19], en tanto que ese mismo banco, en su papel de otorgante del crédito documentario, está obligado a pagar indefectiblemente si los documentos que se le presenten son formalmente correctos, no teniendo facultades para abstenerse de efectuar el pago (salvo que se conozca la existencia de fraude). La contradicción parece insalvable. La diferencia entre ambos contratos son relevantes a la vista e impiden una asimilación sin más.

Teoría de la cesión de crédito: Hay quienes afirman que el contrato se explica por una cesión de crédito hecha por el ordenante a favor del beneficiario. En otras palabras, se supone que la celebración del contrato genera un derecho de crédito a favor del ordenante y permite que éste lo ceda de inmediato al beneficiario para que, como cesionario del mismo, demande su pago al banco emisor.

Son numerosas las críticas formuladas a esta teoría. En la cesión el deudor se obliga frente al cesionario en virtud de la notificación que se le hace, mientras que en el crédito documentario la obligación del banco, deudor cedido, surge por su simple manifestación de voluntad, sin que figure en sitio alguno al pretendido cedente. De otra parte, el deudor cedido puede proponer al cesionario las excepciones que tuviese contra el cedente, sin que en el contrato que estudiamos quepa al banco proponer al beneficiario excepción alguna basada en sus relaciones con el ordenante. Digamos, por último, que en la cesión el cedente no responde, en principio, por la solvencia del deudor cedido, mientras que en el crédito documentario el ordenante sigue vinculado a la satisfacción de la obligación, hasta tanto ésta no haya sido efectivamente descargada por pago al beneficiario.

Teoría de la estipulación a favor de un tercero: Una primera postura, ya sostenida en el año 1920 por Bolaffio, expresa que la apertura de crédito documentario implica un contrato a favor de un tercero, indicándose que los sujetos intervinientes son el comprador-estipulante, el banco-promitente y el vendedor-beneficiario.[20]

Esta tesis debería descartarse. En el contrato a favor de un tercero el promitente puede oponer al tercero todas las excepciones que podría hacer valer contra el estipulante, nacidas del contrato en el cual se originó el beneficio; por su parte, el estipulante puede revocar el beneficio hasta el momento en que fuere aceptado.[21]

---

[19] Marino MILELLA y Margarita SKODNIK, *op. cit.*, p. 261, n I-8.

[20] *Id.*, p. 261, n I-6.1974

[21] Jorge MOSSET ITURRASPE, *Teoría general del contrato*, Orbir, Buenos Aires, 1970, pp. 369 y 371.

En cambio, en el crédito documentario la obligación que asume el banco con el beneficiario es independiente de la relación que une a aquél con el solicitante del crédito.[22] Por lo tanto, el banco no puede oponer las excepciones que tuviere contra el solicitante del crédito, ni éste podrá revocar la orden de pago si el crédito documentario asumiera la modalidad de irrevocable.

Surge una clara diferencia en la circunstancia de que el banco no queda obligado frente al tercero como consecuencia de un acuerdo con el ordenante, sino que es preciso el envío de la carta de crédito para que, como consecuencia de su manifestación, quede vinculado frente al tercero. Pero, además, el banco no puede oponer al beneficiario las excepciones que pudieran derivarse del incumplimiento de los compromisos del ordenante, sino que queda irrevocable y definitivamente ligado con el beneficiario, cualquiera que sea el comportamiento adoptado por su cliente.

Teoría de la delegación imperfecta o acumulación pasiva: Esta es una especie de novación, que puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor.

En ese sentido, se puede concluir:

- Que la novación por cambio del deudor puede darse con o sin el consentimiento del deudor primitivo.
- Que cuando ese deudor da su consentimiento, estaremos frente de una delegación.
- Que cuando el acreedor, si hay delegación, manifiesta el deseo de dejar libre al deudor primitivo, habrá novación o delegación imperfecta tendrá efecto cuando el delegatario (beneficiario) no deja libre al delegante (deudor primitivo tomador).

En cuanto a la figura de la delegación imperfecta, Ripert y Boulanger, (Tratado de Derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1956, p. 256). dicen: «El delegatario puede exigir que su antiguo deudor continúe obligado a su respeto y no aceptar la obligación del nuevo deudor, sino por cuanto no se produce el efecto extintivo de la novación. La delegación se llama imperfecta».

Bianca, quien está de acuerdo con la tesis citada, dice al respecto que «toda delegación pasiva consiste en el agregado o la sustitución del deudor primitivo u originario por otro, sin que por ello se altere su obligación en los aspectos objetivos, ni queda extinguida».[23]

---

[22] Sergio LE PERA, *La naturaleza jurídica*, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1972, Nº 16-3.

[23] Máximo BIANCA, *Il Diritto Civile: Il Contratto*, Milán, 1984.

Lo seguidores y defensores de esta teoría encuentran similitudes entre las dos instituciones, al decir que, en el caso de la delegación imperfecta, nace una nueva obligación, sin que extinga la que le dio su origen, o sea que las dos obligaciones subsisten al no dejar el beneficiario libre al deudor primitivo. En las cartas de crédito se puede decir que existe un deudor (delegante, que será el ordenante) que señala a un tercero (delegado, o sea el banco) para que efectúe el pago de su acreedor (delegatario o beneficiario), sin que se exonere al tomador del crédito de su respectiva obligación frente al beneficiario.

Presentan también similitud, ya se trate de cartas de créditos revocables o irrevocables. En las primeras, porque el ordenante conserva su obligación de pagar el precio de la compraventa, en caso de que el crédito sea revocado.

En cuanto al crédito irrevocable, la similitud es perfecta. En este el comprador delega su deuda a un banco, quien se obliga a pagar, presentándose en este caso una obligación propia, directa e independiente.

A esta teoría también se le han hecho críticas, como las siguientes:

a) En la delegación imperfecta la obligación del delegado (banco) es irrevocable solo en el caso de aceptación por parte del delegatario (beneficiario), mientras que en las cartas de crédito la obligación del banco emisor nace desde el momento de la emisión del documento, es decir, «la delegación no se hace perfecta sino desde el momento en que el delegatario acepte el pago entre el delegado y el delegante, al paso que la carta de crédito se perfecciona por la sola emisión de esta, no siendo necesario que el vendedor acepte».[24]

b) En cuanto a las obligaciones recíprocas de las partes, en el caso del delegatario o beneficiario del crédito, tendrá dos acciones para el cobro, totalmente independientes la una de la otra, pues en la delegación imperfecta habrá dos deudores (banco y tomador) en igual grado de prelación y ninguno de ellos puede hacer que sus acciones primen contra el otro.

c) Al igual que las anteriores teorías, esta deja a un lado las demás relaciones jurídicas nacidas en la carta de crédito, como, por ejemplo, la existente entre el banco emisor y su corresponsal.

Teoría del título valor: Recientemente se ha venido sosteniendo la tesis de que se trata de un negocio formal y abstracto que, como todos los de su género, facilita la circulación de bienes y servicio, mostrando grandes similitudes con la función económica del dinero, como sucede, en general, con los títulos valores de contenido crediticio. En este orden de ideas, es conveniente estudiarlo dentro de los principios peculiares que disciplinan los títulos valores. Así podría definirse como «una promesa formal y cierta que contiene una obligación abstracta de acep-

[24] Fernando CANCINO, *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Temis, Bogota, 1979, p. 128.

tar una letra de cambio o una libranza tan pronto se haya dado cumplimiento literal a sus términos».[25]

4. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Con la carta de crédito: Sobre el particular, debemos destacar que muchos autores confunden el crédito documentario con la carta de crédito. Sin embargo, es conveniente precisar que son dos figuras diferentes, tal como señalaremos a continuación.

La carta de crédito es el documento físico por el cual se comunica al beneficiario la apertura de crédito (de ahí que se denomine carta de crédito).

«La carta de crédito es el documento peculiar nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivados del mismo».[26]

La carta de crédito es la carta por la cual se informa al beneficiario de la existencia del crédito documentario.

El crédito documentario es un contrato, acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Con el mandato: El crédito documentario tiene características similares al contrato de mandato, toda vez que en la operación aparece una persona (ordenante-mandante) quien confía la gestión de un negocio a otra (banco emisor-mandatario) que lo efectúa por cuenta de la primera. Asimismo, se puede apreciar esta figura en las relaciones entre el banco emisor (mandante) y su corresponsal (mandatario).

Como puede apreciarse, tanto el mandato como el crédito documentario constituyen un acto jurídico plurilateral, del cual surgen obligaciones para las partes; es preciso que se produzca el acuerdo de voluntades entre las partes que van a celebrar el contrato.

Las diferencias entre el crédito documentario y el mandato son importantes. Al respecto, el art. 1790 del Código Civil señala que «por el mandato, el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante». Sobre el particular, debemos precisar que el mandato es personal, pero puede ser materia de transferencia, facultándose el mandato a otra persona, con la autorización del mandante. Sin embargo, en el crédito documentario el banco se obliga personalmente (directamente) en tanto que éste asuma la obligación y no puede ser materia de transferencia.

---

[25] Boris KOZOLCHYK, *El derecho comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico*, México, 1996, p. 728.

[26] Sergio RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios. Su significación en America Latina*, Biblioteca FELABAN, Ed. Legis, Bogota, 1990, p. 419.

Por otro lado, cabe resaltar que «el mandato es naturalmente revocable y el crédito documentario por lo menos en su forma mas utilizada, no lo es».[27]

Adicionalmente, es conveniente precisar que el art. 1801 del Código Civil señala como causas de revocación de este contrato de mandato son las siguientes:

a) Ejecución total del mandato.

b) Vencimiento del plazo del contrato

c) Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o mandatario.

Al respecto, las Reglas y Usos Uniformes señalan que en todo crédito se debe estipular una fecha de vencimiento para la presentación del documento y hacer efectivo el crédito, en tal sentido, si antes de dicha fecha se produjera la muerte, interdicción o inhabilitación del mandante, el banco como mandatario no podría negarse a efectivizar el crédito aduciendo dichas causas, mas aun si el beneficiario cumple con entregar los documentos exigidos dentro de los términos y condiciones del crédito.

Por otro lado, de conformidad con lo señalado en el art. 1797 del Código Civil, el mandatario se debe abstener de ejecutar el mandato en tanto el mandante estuviera en mora frente a él en el cumplimiento de sus obligaciones. Sobre el particular, es conveniente señalar que si dicha norma fuere aplicable a los créditos documentarios significaría que si el ordenante no le reembolsa al banco emisor en una fecha determinada las cantidades prometidas o por pagar, el banco se puede abstener de seguir cumpliendo con sus obligaciones para con el beneficiario, con lo cual se iría totalmente contra la propia naturaleza del contrato que es la de asegurarle el pago al beneficiario.

Sobre el particular, es conveniente precisar que el banco emisor, al emitir la carta de crédito a favor del beneficiario y comunicarle a éste tal apertura, asume un compromiso firme e irrevocable de pago, el cual no puede ser suspendido de forma unilateral, así lo expresa el art. 9 de las Reglas y Usos Uniformes, que señala lo siguiente «un crédito irrevocable constituye un compromiso definitivo del banco emisor, siempre que los documentos estipulados sean presentados y que los términos y condiciones del crédito se hayan cumplido».

Con la fianza: «Se ha creído ver en el crédito documentario un contrato de fianza: el banco sería el fiador del comprador, afianzando la obligación que éste tiene con el vendedor».[28] Sobre el particular, es pertinente señalar que no podría considerarse el crédito documentario como un contrato de fianza por los motivos siguientes:

---

[27] *Id.*, p. 415

[28] Alejandro BORDA, *El crédito documentario*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 29.

a) De conformidad con lo señalado en el art. 1868 del Código Civil, «por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor». Del referido artículo se desprende que «la fianza se perfecciona entre acreedor y fiador y no consiste, pues, en una mera declaración unilateral de voluntad de este último. Se advierte, asimismo, que se trata de un contrato de garantía, lo que determina su carácter accesorio».[29]

   En consecuencia, por lo referido puede apreciarse que la obligación del fiador es accesoria de la asumida por el deudor principal.

   En cambio, en el contrato de crédito documentario el banco asume una obligación originaria e independiente de la asumida por el comprador.

b) El art. 1879 del Código Civil establece que: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor». Adicionalmente, el art. 1880 del Código Civil señala que: «para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego de que éste lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación». De lo expuesto, se puede concluir que el fiador gozará del beneficio de excusión, el cual debe ser planteado luego del requerimiento de pago efectuado por el acreedor.

   En cambio, en el crédito documentario «el beneficiario del crédito no tiene nada que reclamar al comprador (aunque subsista la obligación) sino que le basta con exigir al banco la entrega del dinero del crédito».[30]

Con la cesión de créditos: Por la cesión de crédito el acreedor (ordenante) hace la cesión de un crédito contra el deudor (banco) a favor de un cesionario (beneficiario). De acuerdo con esta figura el beneficiario por efecto de la cesión se convierte en acreedor del banco y podría accionar contra el deudor. Sin embargo el art. 1215 del Código Civil señala que esta acción está supeditada a que el deudor acepte la cesión o lo es comunicado fehacientemente, lo cual no está acorde con la apertura del crédito documentario, dado que no es el banco a quien se le notifica que existe un nuevo acreedor, en este caso cesionario, sino que es el banco, quien, a través de la carta de crédito, notifica, por intermedio de su corresponsal o directamente al beneficiario vendedor, que se ha abierto un crédito a su favor por un tiempo determinado y bajo ciertas condiciones, el cual se encuentra a su disposición en la medida que cumpla con las condiciones transmitidas.

---

[29] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, T. III, Gaceta Jurídica, 1era. Edición, Lima, 1989, p. 259.

[30] Marino MILELLA y Margarita SKODNIK, *op. cit.*, p. 267

Otra diferencia está señalada en el art. 1213 del Código Civil que establece que: «El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto». Sobre el particular, es conveniente señalar que esta característica es contraria a la función del crédito documentario, el cual está referido a reforzar mediante un nuevo deudor de solvencia reconocida la acreencia que tiene el beneficiario-vendedor contra el ordenante del crédito.

Con la comisión de confianza: «Se reputa comisión mercantil, el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comisionista o el comitente»[31].

La comisión de confianza se encuentra regulada de manera expresa dentro de la Ley General del Sistema Financiero en sus arts. 275 al 281, enumerando taxativamente las operaciones que son pasibles a ser denominadas como comisión de confianza, si bien dentro del inc. 14 del art. 275 se regula la celebración de contratos de mandato para cobrar créditos documentarios, este le otorga solamente una característica del crédito documentario por lo que se vería desnaturalizada la figura del Derecho Comercial.

Con el contrato de apertura de crédito: La diferencia sustancial con este tipo de contrato es que en la apertura de crédito esta se abre a favor del ordenante, en el contrato de crédito documentario se abre a favor de un tercero a quien el banco ha de pagar o aceptar la letra que se presente. La distinción entre una y otra figura consiste en que, en la apertura de crédito ordinaria, la actividad del acreditante descansa en una *causa credenci*, mientras que en la apertura del crédito impropia, junto a esta causa, aparece, en la relación entre el banco y el beneficiario, una *causa solvendi* que no engendra ninguna obligación de restitución a cargo del *accipiens*.

La *causa solvendi* no falta nunca en la operación, mientras que puede faltar la *causa credenci* si la relación de provisión, como *prius* financiero, descansa no en una apertura de crédito, sino en un contrato de cuenta corriente o de depósito.

Como bien lo señala Joaquín Garrigues, en el contrato de crédito documentario la intervención del banco se realiza mediante una doble función, ejecutiva y de garantía respecto del contrato causal[32].

Con la gestión de negocios: Este contrato definido por nuestro ordenamiento civil como «Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado

---

[31] *Id.*, 2.

[32] Función ejecutiva por cuanto el banco se compromete a pagar el precio de la mercancía vendida y a retirar los documentos que la representan, en cuanto a la función de garantía, ya que el banco no se limita a ser un puro instrumento de pago, sino que se constituye, en nombre propio, en deudor del precio frente al vendedor, sumándose a la obligación del comprador la obligación adquirida por el banco.

asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de este»[33].

La gestión es una especie de procuración oficiosa, pudiendo realizarse con conocimiento del dueño de los bienes sin consentimiento inicial pero dado posteriormente como ratificación de lo actuado[34].

Este contrato no puede ser tomado en cuenta como contenido jurídico del crédito documentario; la gestión sin consentimiento del interesado pero ratificada con posterioridad por el mismo es un mandato puro y simple.

En caso que el interesado no conozca la gestión hecha a su favor estamos frente a una procuración oficiosa y por tanto tampoco esta figura le es aplicable, pues la apertura del crédito, cualquiera sea su forma, siempre requiere del conocimiento y consentimiento del ordenante.

El crédito documentario como figura sui generis: Si bien, como hemos podido apreciar anteriormente, existe una serie de contratos con los cuales el crédito documentario guarda ciertas similitudes, pero también diferencias insalvables, nos encontramos dentro de una figura *sui generis* dentro del Derecho Comercial por las características que lo diferencian de los demás contratos.

Siendo un contrato de naturaleza comercial, este no puede regirse por las normas del ordenamiento civil que son más rígidas y formalistas (aunque existe una tendencia a su unificación), máxime si se encuentra regulado en el inciso 7 del artículo 221 de la Ley del Sistema Financiero que señala:

«Las empresas podrán realizar las siguientes operaciones y servicios (...):

7) Emitir, avisar, confirmar o negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general a canalizar operaciones de comercio exterior».[35]

Además, el contrato de apertura del crédito y el contrato de compraventa funcionan como negocios jurídicos independientes manteniendo a los bancos alejados de las incidencias y responsabilidades propias de la compraventa de mercancías de plaza a plaza.

En concordancia con Asquini, citado por Joaquín Garrigues,[36] creemos que la figura jurídica que más se acerca a la finalidad que se persigue con la intervención de

---

[33] Art. 1950 del CC

[34] Luis Guillermo BARBOZA y Marlene Castañeda de BARBOZA, *Contratos bancarios*, Editorial Temis, 1ª. Edición, Bogotá, 1978, pp. 189.

[35] Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

[36] Joaquín GARRIGUES, La mediación de los bancos en las ventas internacionales, pp. 609-610.

los bancos en los contratos de venta de mercancía de plaza a plaza es la llamada *delegación acumulativa imperfecta*, en la misma que aparece claramente definida la participación de las tres personas esenciales en el negocio jurídico que se analiza: un deudor (comprador, cliente del banco), un acreedor (el vendedor de la mercancía) y un pagador en nombre propio, pero por cuenta del deudor (el banco firmante de la carta de crédito)[37].

Como toda delegación de deuda, esta se apoya en dos relaciones causales distintas, una relación de provisión o cobertura que media entre el banco y su cliente (delegado y delegante) y una relación de valor que media entre el comprador y el vendedor; la carta de crédito señala el momento de la asunción de deuda por parte del banco. Cada una de las relaciones jurídicas que se enlazan a través de la delegación tiene su razón en un contrato distinto: la de provisión en el contrato de apertura de crédito o en el depósito bancario, y la de valor, en el contrato de compraventa.

Si bien es cierto que en estos contratos se apoyan además en la intervención de otras instituciones bancarias (*crédito confirmados*), creemos que esta obligación solamente refuerza la obligación ya asumida por el banco primitivo, superponiéndose de este modo dos delegaciones de deuda de carácter acumulativo con el resultado práctico de redoblar la garantía del vendedor.

Esa teoría puede ser rebatida en la medida que el beneficiario tiene dos vías para poder cobrar el crédito insatisfecho (ordenante y banco) obligados igualmente y colocados en la misma prelación, sin la posibilidad de que ninguno de ellos pretenda que el acreedor accione primero contra el otro en demanda del pago. De esta forma se desnaturalizaría el contrato de crédito documentario y se crearían dificultades para la ejecución de las recíprocas obligaciones de las partes. La tesis de la delegación no explica además las otras relaciones nacidas del crédito documentario como la existente entre el banco emisor y su corresponsal; pese a todas estas observaciones es la figura convencional que mas se acerca a la naturaleza jurídica del mismo.

---

[37] La estructuración del contrato se realiza de la siguiente manera: el comprador, deudor del precio, delega su deuda sobre un banco (delegación pasiva); este banco se obliga, en nombre propio, frente al vendedor a pagar (*delegatio devendi vel promittendi*) mediante la carta de crédito que él dirige. Cuando el crédito tiene carácter de revocable la delegación es simplemente una *delegatio solvendi*, ya que el banco no adquiere ninguna obligación frente al acreedor. Esta obligación contraída por el banco no implica la sustitución de la obligación primitiva contraída por el comprador (novación extintiva), solamente se superponen. El dador de la orden, deudor en el contrato de compraventa, delega su deuda en el banco, pero sin quedar liberado.

El resultado de la operación es que el vendedor tendrá la calidad de acreedor frente a dos deudores del precio: la deuda del banco fundada en la carta de crédito y la deuda del comprador fundada en el contrato de compraventa. Estas obligaciones, si bien nacidas de dos negocios jurídicos distintos, coinciden en la persona del banco, obteniéndose con ello el reforzamiento o la garantía de su crédito que el vendedor buscaba.

Debemos en este punto hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del crédito documentario. Particularmente creemos que el crédito documentario es en esencia la estructuración de un contrato de compraventa a través de diversos actos jurídicos.

Se entiende por acto jurídico a «(...) la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas»[38]. Dicho acto jurídico puede ser resultado de manifestaciones de voluntad de manera unilateral o plurilateral, como sucede en la carta de crédito en la cual tienen (las manifestaciones de voluntad) el fin económico-social que se pretende llevar a cabo mediante el crédito documentario.

Creemos que el crédito documentario es estructural en la medida que se dan una pluralidad de actos, cada uno perfecto en sí mismo, y con consecuencias jurídicas; pero dichos actos se combinan para el cumplimiento de un objetivo fundamental. Esta noción parece explicar perfectamente la naturaleza jurídica del crédito documentario, ya que no se fuerza dentro de ninguna de las formas contractuales antes expuestas y permite explicar por sí misma la compleja gama de actos y relaciones del crédito documentario.

En el crédito documentario existen varias declaraciones de voluntades autónomas entre las cuales se pactan y realizan diversos contratos simultáneos, independientes entre sí en cuanto a su configuración jurídica, pero todos tendientes a la realización del fin propio del crédito documentario.

Como lo señala Luis Guillermo de Barboza y Marleni Castañeda de Barboza,[39] podemos sintetizar que el contrato de crédito documentario está compuesto por las siguientes figuras autónomas e independientes entre sí, pero convergentes en una finalidad:

a) Un contrato de comisión entre el ordenante, que hace las veces de comitente y banco emisor, que hace de comisionista.

b) Una delegación imperfecta nacida de la apertura de crédito en el cual el banco es delegado, el ordenador delegante y el beneficiario lo hace como delegatario.

c) Un contrato de compraventa, con prestaciones recíprocas para las partes, siendo vendedor el beneficiario y comprador el ordenante del crédito.

d) Un mandato común que liga al banco emisor, en su calidad de mandante, con el banco corresponsal, en su condición de mandatario.

Debe además tenerse en cuenta que pueden existir otros contratos en la medida que el crédito documentario sea más complejo, podemos además afirmar que no todos los negocios que intervienen en el crédito documentario intervienen

---

[38] CC art. 140.

[39] Luis Guillermo BARBOZA y Marlene Castañeda de BARBOZA, *op. cit.*

en un mismo plano algunos son accesorios, otros complementarios y otros auxiliares pero todos identificables, autónomos y efectivos, sólo que ligados para la consecución del fin económico del crédito documentario.

5. CARACTERÍSTICAS

El crédito documentario debe ser conceptuado como un contrato sinalagmático, dado que en su ejecución las partes se obligan recíprocamente debiendo mutuas prestaciones.

Es también un contrato accesorio, ya que su objeto es asegurar el cumplimiento de otra u otras obligaciones principales, vale decir, del contrato de compraventa.

Este contrato es también autónomo, literal y formal. Esta se manifiesta en el hecho de que las obligaciones que emanan del crédito documentario son indispensables del contrato de compraventa que le da origen. Esta autonomía implica que los deberes y obligaciones del banco, al emitir una carta de crédito, se sujetarán a las instrucciones del ordenante. Esta autonomía se mantiene incluso cuando se hace referencia al contrato de compraventa que la motiva.

La literalidad se ampara en dos reglas: 1) En que el beneficiario debe cumplir estrictamente con las condiciones establecidas en la carta de crédito, en lo que respecta a sus obligaciones. 2) Referida a los deberes y obligaciones de los bancos de verificar los créditos y sobre todo los documentos expedidos por el beneficiario; sin detenerse desde luego en verificar las cualidades intrínsecas de los mismos; porque los bancos solos negocian documentos y no con mercaderías, servicios u otras prestaciones.

En cuanto a su característica formal, el crédito documentario está respaldado por documentos. Los bancos no son responsables de las falsificaciones ni adulteraciones documentarias, limitan su responsabilidad a que los documentos estén limpios, sin enmendaduras y que cumplan con las formalidades que exigen el comercio internacional. El conocimiento de embarque debe ser entregado en original, la copia no es válida.

6. ELEMENTOS DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

6.1. Elementos personales

Como bien lo explica Sergio Rodríguez Azuero, en la estructuración básica de un crédito documentario intervienen tres sujetos: el ordenante, el beneficiario y el banco –implicando una relación tripartita en la cual dos personas se encuentran ligadas por un contrato principal–, en cuyo desarrollo aquella obligada a pagar una suma de dinero solicita la apertura de un crédito a su banco para que, como resultado de la disponibilidad que este le concede, puede verificar el pago a un acreedor. En la práctica, y en cuanto el banco interviniente o tenga sucursal propia en la plaza donde deba realizarse el pago, se valdrá de un corresponsal o colega para

efectos de avisar el crédito, confirmarlo, si es el caso, pagarlo o negociar las letras en su momento, etc.[40].

6.1.1. El ordenante

Es la persona quien solicita la apertura del crédito, es la parte que se encuentra ligada por un contrato fundamental, se encuentra obligada a pagar una suma de dinero a través de esa modalidad, o la escoge por considerarla más eficaz para los efectos del contrato celebrado.

Generalmente en los contratos de compraventa internacional, la hipótesis más frecuente, el ordenante, cliente del banco, será el comprador-importador que se vale de este instrumento por decisión unilateral o previsión del contrato para satisfacer la obligación de pagar la suma de dinero del vendedor.

Al ordenante le corresponde señalar los términos y las modalidades del crédito abierto, de seguro en conformidad con lo previsto en el contrato fundamental pero, en todo caso, como resultado de su iniciativa y en los términos que él señale.

Además, se debe tener presente que cuando se establece un crédito documentario el banco solamente debe limitarse a apertura del crédito en los términos y condiciones precisas que ordene el cliente. Esta regla general admite dos excepciones que tienen como fundamento en que las instrucciones y los créditos deben ser completos y precisos para lo cual los bancos deben desestimar cualquier intento de incluir detalles excesivos en el crédito y cualquiera de sus modificaciones. Es decir, no le corresponde al banco intervenir en relación con los aspectos fundamentales del crédito tales como la cuantía, plazo, naturaleza de la mercancía, forma de embarque, riesgos asumidos por el exportador entre otros; la otra excepción se relaciona a los documentos de seguros, pues la necesidad de los bancos emisores a este respecto puede ser altamente perjudicial a ellos mismos; estas consideraciones se encuentra establecidas en las RUU.[41]

Sus obligaciones son pagar la comisión inherente a esta apertura de crédito, la misma que será percibida por el banco con independencia de que el crédito sea o no utilizado, y retirar la documentación y realizar el reembolso de los pagos que haya tenido que hacer por consecuencia de la operación.

6.1.2. El Banco

La relación entre el ordenante y el banco está dominada por la idea que esta es un mandato sin poder de representación[42] regulado por nuestro Código Civil,

---

[40] *Id.*, p. 397.

[41] RRUU 500, art. 3, inc. B.

[42] Art. 1809.- «El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aún cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandante».

es decir, como puro contrato obligatorio. En la ejecución de este encargo el banco actúa en nombre propio pero por cuenta de su cliente, de quien ha recibido la orden de pagar el precio de la compraventa.

Las obligaciones principales de los bancos son las siguientes:

a) Abrir en sus libros un crédito siguiendo las instrucciones del comprador y remitir la correspondiente carta de crédito al beneficiario notificándoles de este hecho y las condiciones del crédito abierto.

b) Recoger, examinar y trasmitir al comprador los documentos relativos a la mercancía vendida.

c) Pagar el precio de la venta o aceptar o descontar la letra librada por el vendedor.

De estas obligaciones la más importante para los bancos es la segunda, siendo en la práctica la que ofrece mayores problemas y la que ha dado lugar a muchos procesos judiciales; se debe tener especial consideración de que los bancos no están obligados a revisar la mercadería, sino solamente revisan los documentos y que su examen debe limitarse a su aspecto formal[43]; la razón es que el banco no es parte del contrato de compraventa y por tanto no tiene conocimiento de las condiciones concretas del contrato; dicho examen debe realizarse de manera cuantitativa y no cualitativamente[44].

De acuerdo a la función que cumplen dentro del crédito documentario –sin que la adquisición de alguna de estas características los limite al cumplimiento de solamente esta función– los bancos pueden clasificarse de la siguiente manera:

- BANCO EMISOR

Es el banco que procede de conformidad y según las instrucciones de su cliente a abrir el crédito, asumiendo un compromiso de darle aviso oportuno al beneficiario, por el mismo o a través de un banco corresponsal. El pago que el banco haga

---

[43] Reglas y Usos Relativos a Créditos Documentarios, art. 13 «Los bancos deben examinar todos los documentos estipulados en el crédito, con cuidado razonable, para comprobar que, aparentemente, estén de acuerdo con los términos y condiciones del crédito. (...)».

[44] Desde este punto de vista, la obligación del banco es la de comprobar la existencia en la presentación de documentos por el beneficiario, de todos aquellos documentos que le sean exigibles a éste en virtud de las instrucciones dadas por el ordenante del crédito.

Posteriormente el banco tiene la obligación de asegurarse de la regularidad formal de los documentos, esto es que el banco no se debe asegurar de la validez intrínseca de los mismos sino tan solo de su validez formal (principio de apariencia).

La última obligación de los bancos consiste en enviar la documentación a su cliente, una vez realizado su examen.

constituye el cumplimiento de la obligación fundamental derivada del contrato de apertura de crédito celebrado con su cliente.

Entre las obligaciones que asume, la principal es el examen de los documentos y la verificación de lleno de los requisitos señalados en el crédito. Para el cumplimiento de estas obligaciones prima el principio del formalismo, es decir, la no responsabilidad por el contenido real de los documentos, respondiendo sólo y únicamente por la conformidad formal o aparente de los mismos.

Es necesario además nuevamente precisar que los créditos documentarios son relaciones jurídicas distintas de los contratos que los originan y en ningún caso conciernen a los bancos ni obligarán a los mismos[45].

- BANCO NOTIFICADOR

Ante la inexistencia de una sucursal del banco emisor en la localidad donde debe realizarse el pago, este suele valerse de un corresponsal para que avise al beneficiario la apertura del crédito, suministrándole un ejemplar del documento respectivo con el objeto de que tenga conocimiento de los términos y las condiciones de la carta de crédito, el plazo de presentación, los documentos a presentar, entre otros, y que sepa que, como consecuencia de la exhibición de dicho documento, requisito que no es esencial, y la presentación de los exigidos por el crédito, puede ejercitar el derecho de pago, la aceptación o negociación, según la forma que haya sido prevista.

La simple notificación o aviso de apertura no vincula de manera alguna al banco respectivo, quien actúa únicamente como simple agente del banco emisor con la sola obligación de comunicar la apertura del crédito..

- BANCO CONFIRMADOR

Como lo mencionamos anteriormente, adquirir una de estas categorías que estamos explicando no necesariamente implica que no se puedan detentar las demás las demás funciones de esta clasificación.

Lo usual en las prácticas comerciales no es que exista un banco confirmador, sino que el banco emisor y el banco notificador –en los supuestos mencionados– procedan a confirmar el crédito. En este supuesto esta obligación –de confirmar el crédito– es asumida por el banco notificador como una obligación autónoma y directa frente al beneficiario, que mejora la posición de este último, al contar con dos eventuales obligados –el banco emisor y el banco confirmador– salvándose así de una serie de posibles inconvenientes potenciales, ya que al contar con uno de los deudores en su propia plaza, sometido a su legislación, sus jueces y sus disposiciones cambiarias.

---

[45] RRUU 500, art. 3. - A. «Los créditos son por naturaleza, operaciones independientes

- BANCO PAGADOR

Este banco, ordinariamente el mismo que ha notificado y/o confirmado el crédito, es el banco que paga por haberse cumplido los requisitos previstos por el crédito. En este caso no se trata de un banco distinto, sino de una función cumplida por el mismo banco que, por excepción, puede ser atendida por un tercero.

- BANCO NEGOCIADOR

Un banco es negociador cuando descuenta una letra girada a cargo de otro banco, emisor o confirmante, o cuando, contra los documentos previstos en la carta de crédito, procede a pagar sin que haya sido designado en forma específica para cumplir tal obligación.

La diferencia sustancial entre el banco pagador y el banco negociador radica en que en el primer caso el banco actúa como mandatario del emisor, cumpliendo un encargo que ha recibido para tal efecto; mientras que el banco negociador lo hace por su cuenta y riesgo, bien porque no exista banco pagador señalado en la carta, o aunque existiendo proceda no obstante a realizar el pago.

El pago que el banco negociador realiza es un simple descuento documentario, en el que los documentos recibidos y la letra girada contra el emisor, si existe, se reciben *pro solvendo*, y si los primeros no son satisfactorios para el librado, el banco negociador procede a devolverse contra su cliente, ejercitando la acción causal o la acción cambiaria.

- BANCO DE REEMBOLSO

Se trata de la forma como el banco emisor se compromete a rembolsar al banco pagador las sumas que éste ha desembolsado en su nombre y para la atención del crédito.

Como lo señala Luis Guillermo Barboza,[46] este banco aparece cuando ninguno de los dos bancos principales tienen ante su corresponsal una cuenta corriente que permita acreditar ante el emisor la cuenta del pagador, como reembolso de los pagos hechos por este, o que haga posible debitar la cuenta que el emisor tiene ante el pagador, igualmente, a manera de reembolso, a los pagos realizados a nombre del primero. Se acude a un tercer banco que, previa conformidad, situará en la cuenta del pagador los dineros necesarios para que realice el pago, debitando simultáneamente la cuenta corriente abierta a nombre del emisor.

6.1.3. El beneficiario

Es la persona que, de conformidad con el crédito, tiene derecho a exigir el pago mediante el cumplimiento de las obligaciones previstas en el mismo. Su

[46] Luis Guillermo BARBOZA y Marlene Castañeda de BARBOZA, *op. cit.*, p. 185.

posición es autónoma, esto es, no pueden serle propuestas por los bancos excepciones que deriven de las relaciones entre las otras partes, en especial las que tiene como origen el contrato principal.

6.2. Elementos reales

Para su debida identificación la carta de crédito debe llevar un número y la fecha de emisión.

El nombre del banco emisor. Es importante que figure en el crédito el nombre del banco, toda vez que conjuntamente con el ordenante son los obligados a pagar el crédito que se ha abierto en favor del beneficiario.

El nombre del ordenante y del beneficiario debe quedar claramente nominado en la carta de crédito; toda vez que el primero de ellos es el deudor principal, el que en última instancia pagará el total de la obligación. Por otra parte, el beneficiario es el acreedor del crédito que cobrará el importe del mismo a la presentación de los documentos exigidos en la carta.

El objeto de crédito. Es la razón de ser del crédito documentario, por consiguiente, tiene que detallarse en forma expresa las mercancías que se adquiere, sus características, forma, tamaño, peso, número, serial, color, año de fabricación y cualquier otros datos que los pueda identificar y evitar futuras confusiones.

Asimismo debe precisarse en la carta de crédito la cantidad contratada de mercadería que el beneficiario tendrá que embarcar, indicando el número de piezas y su volumen.

De igual manera se indicará el precio unitario y el precio total, agregándose el importe del transporte y seguro.

Plazo de Vigencia de la Carta de Crédito. Se trata de la validez de la carta de crédito, término dentro del cual el beneficiario debe presentar al banco corresponsal toda la documentación que acredite el despacho de las mercancías del importador. El plazo de vigencia de la carta de crédito es fatal e improrrogable, a menos que se haya tramitado con anticipación al vencimiento una prórroga del vencimiento.

La documentación que debe presentar el beneficiario para cumplir con los requerimientos del ordenante se encuentran enumerados en la carta de crédito, y son los siguientes: conocimiento de embarque, factura comercial, póliza o certificado de seguro, otros documentos como factura consular, certificado de origen, certificado de calidad, de sanidad, etc.

Mención expresa de que las partes se someten a las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional.

7. MODALIDADES DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

En función de las condiciones en que se pacte la forma de pago del precio materia de la transacción y de los compromisos que se asumen ante la apertura de

una carta de crédito, se puede generar diversas modalidades de contratación en el crédito documentario.

7.1. Crédito documentario revocable

Establecen las Reglas y Usos Uniformes que los créditos documentarios pueden ser revocables o irrevocables, que ello debe ser indicado claramente, y que a falta de tal indicación el crédito deberá ser considerado revocable (art.7).

El crédito es revocable cuando existe la posibilidad de que el banco emisor pueda modificar o cancelar su obligación de pago, sin necesidad de darle aviso al beneficiario. En otras palabras como lo expresa Alejandro Borda: la modificación o revocación hecha por el banco emisor del crédito documentario revocable será válida si es realizada antes de que el beneficiario cobre su crédito, pues una vez cobrado, el banco no podrá ejercer la facultad que le asiste.

A primera vista, la conclusión parecer simple, toda vez que las normas referidas hacen mención también a que el pago, aceptación o negociación del crédito haya sido hecho contra los documentos que, a primera vista, sean los establecidos en los términos y condiciones del propio crédito. Sin embargo, esta referencia no se vincula, en realidad, con la naturaleza del crédito documentario revocable sino con lo que se ha dado en llamar la doctrina del estricto cumplimiento.

El comprador es responsable si ha ordenado él la revocación del crédito.

7.2. Crédito documentario Irrevocable

Cuando el banco emisor no puede revocar ni modificar su decisión toda vez que ha asumido un compromiso en firme o definitivo, sujeto a dos exclusivas condiciones: que se le presenten los documentos estipulados y que los términos y condiciones del crédito se hayan cumplido (Reglas, art. 10).

Cumplidas tales condiciones el banco deberá: pagar u ordenar el pago, si el crédito previene el pago a la vista, y pagar u ordenar el pago en la fecha indicada en las estipulaciones del crédito, cuando éste fija un pago a plazo.

El banquero que abre un crédito irrevocable no puede rehusarse a pagar, a menos que haya discrepancia entre los documentos presentados y los descritos en el propio crédito. El banco tampoco puede invocar útilmente la manifestación realizada por el comprador sobre la calidad de la mercadería ni la negativa de éste a perseguir la ejecución del contrato.

Uno de los principios en que se funda la utilidad del crédito documentario irrevocable es que la relación existente entre banquero y beneficiario es independiente del contrato celebrado entre vendedor y comprador.

Desde luego, el crédito documentario irrevocable puede ser modificado o revocado si se cuenta con la conformidad expresa del beneficiario. Si el crédito ha sido confirmado se necesitará, además, la conformidad del banco

emisor o del confirmante: uno u otro según quien sea el que pretenda la modificación o cancelación.

7.3. Crédito documentario divisible

Si bien lo normal será que el crédito sea pagado íntegramente, no habrá inconvenientes en que se lo considere divisible, Por lo que no es necesario que el pago que se haga al beneficiario sea por la totalidad del crédito solicitado por el comprador; por el contrario, podríamos encontrarnos frente a una relación fundamental basada en un contrato de compraventa, en el cual la mercadería que se vende debe ser enviada en entregas fraccionadas y periódicas, por lo que es razonable que el pago sea también fraccionado respondiendo a cada entrega. Si así ocurre, el crédito documentario es divisible. Por ello, si el solicitante del crédito pretende evitar esta utilización parcial del crédito deberá establecerlo expresamente.

7.4. La cláusula verde

La posibilidad que tiene el beneficiario para cobrar anticipadamente parte del crédito, esto es, antes de la remisión de la mercadería.

En tal supuesto el beneficiario deberá prendar la mercadería (o al menos una de ellas si son varias las que debiera remitirse) en favor del ordenante; tal mercancía quedará depositada ya sea en los depósitos del beneficiario, ya sea en los de un tercero designado por el ordenante, ya sea en los depósitos naturales. Los certificados de depósito suelen quedar en custodia del banco notificador.

7.5. La cláusula roja

Es otra variante del crédito documentario, por la cual el vendedor puede pedir al banco anticipos financieros antes de presentar los pertinentes documentos, es decir, antes del envío de la mercancía. El banco que otorga el anticipo tendrá la garantía del cumplimiento por parte del propio comprador al que se le podrá exigir un depósito de dinero en cuenta bloqueada o una garantía personal o real.

La diferencia con la cláusula verde consiste en que con la cláusula roja no se requiere que el beneficiario constituya un derecho de prenda sobre la mercancía.

7.6. Crédito transferible e intransferible

Establecen las Reglas y Usos Uniformes que un crédito es transferible cuando el beneficiario tiene el derecho de pedir al banco designado que efectúe el pago o aceptación, o a cualquier banco facultado para efectuar la negociación, que haga el crédito disponible en su totalidad o en parte para uno o más terceros, llamados segundos beneficiarios (art. 54).

Si el beneficiario no goza de tal facultad, el crédito documentario es intransferible.

El crédito transferible sólo puede ser transferido una sola vez. Las fracciones de un crédito transferible pueden ser transferidas separadamente, siempre que los embarques parciales no estén prohibidos.

Para que se haga efectiva la transferencia de un crédito documentario es suficiente dar noticia al banco de tal circunstancia; con ello podrá el nuevo beneficiario presentarse al banco con la carta de crédito original y los documentos pertinentes y exigir el pago.

7.7. Crédito confirmado y simple

En el crédito documentario puede intervenir otro banco adicional, cuya función es la de confirmar el crédito, llamado banco confirmante. El mero hecho de confirmar el crédito lo convierte en un obligado directo y autónomo del beneficiario, éste último tendrá dos obligados en virtud del crédito documentario: el banco emisor y el banco confirmante (que tiene domicilio en su propia plaza).

Cuando no interviene ningún banco confirmante, se llama crédito documentario simple.

7.8. «Revolving Credit»

Se llama así a los créditos documentarios que cubren embarques parciales y sucesivos, en los cuales las operaciones ya terminadas dejan su lugar a nuevas operaciones por realizar, hasta el límite en cada momento de cierto monto máximo acumulado de las operaciones. Es decir, que a medida que el crédito es utilizado, vuelve a entrar en vigor automáticamente por su importe original tantas veces como ello estuviere previsto en sus términos (reponiéndose en su valor y utilidad a lo largo de períodos determinados).

7.9. Crédito circular

Su característica sobresaliente consiste en que el banco emisor invita a todos los bancos de un determinado país para que cualquiera de ellos asuma el papel de banco notificador, sin designar a ninguno en especial.

7.10. Crédito «back to back»

En este crédito el beneficiario es, a su vez, ordenante de un segundo crédito que favorece a un tercero, y que tiene como garantía el primer crédito. El banco interviniente emitirá el segundo crédito cuando el ordenante de este último (que es el beneficiario del primero) haya hecho provisión de fondos suficientes para el reembolso del nuevo crédito.

8. OBLIGACIONES DE LOS INTERVINIENTES EN UN CRÉDITO DOCUMENTARIO

8.1. Obligaciones del banco emisor

Las principales obligaciones que debe cumplir el banco emisor son las siguientes:

8.1.1. Establecer la carta de crédito, de acuerdo a las condiciones convenidas, constituyendo la primera obligación genérica a su cargo.

Para que el mencionado crédito pueda ser utilizado por un tercero es preciso que se le comuniquen los términos y las condiciones frente a los cuales el banco se obligará a realizar el pago.

La apertura de la carta de crédito supone para el banco una primera carga pues se obliga a cumplir las órdenes de acuerdo a las instrucciones que han recibido de su ordenante.

- *Verificar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario*

Esto consiste en la presentación de los documentos establecidos por el crédito dentro del plazo previsto en el contrato.

La obligación fundamental de los bancos al estudiar los documentos presentados por el beneficiario es constatar que ellos coincidan con los exigidos por el crédito; esta obligación se cumple en base al principio de la apariencia formal o conformidad extrínseca para lo cual debe responder el banco, quedando fuera de lugar la verificación intrínseca o de fondo sobre la realidad de los despachos mencionados.

- *Pagar*

Obligación que se cumple frente al beneficiario ante el cual el banco asume el compromiso de cancelar una suma de dinero, a la vista o a plazo, o aceptar, o negociar títulos valores, siempre que los documentos que se le presenten en debida forma dentro de la oportunidad prevista por el crédito. El pago se realiza a través del banco corresponsal, en la plaza del beneficiario y de acuerdo a las instrucciones que consten en la carta de crédito.

- *Enviar los documentos al ordenante*

La razón que explica la apertura de un crédito documentario es la liquidación a través de un banco de un contrato de compraventa internacional y si los documentos presentados por el beneficiario no sólo comprueban la expedición de las mercancías, sino que algunos son representativos de las mismas. El banco emisor esta obligado a entregarlas inmediatamente a su cliente para que el mismo pueda disponer de las mismas, finalidad que justifica el crédito documentario.

- *Transferir el crédito*

Obligación eventual del banco que se traduce en el reconocimiento de un nuevo beneficiario del crédito como consecuencia de haber sustituido al beneficiario original.

- *Reembolsar al pagador*

Cuando exista un banco pagador o negociador de los documentos emitidos y presentados de conformidad con lo establecido en el crédito, el banco emisor está obligado a reembolsarlo de inmediato, procediendo ante el simple aviso del banco pagador de haber cancelado el crédito.

8.2. Obligaciones del ordenante

Dejamos entender que la obligación preliminar consiste en señalar los documentos y condiciones del crédito en la forma más clara y sencilla, pero además tiene otras obligaciones entre las principales encontramos:

- *Pagar la comisión*

Se debe tener en consideración que la simple existencia de la disponibilidad a favor del beneficiario como resultado de la celebración del contrato, no constituye para el banco emisor más que una obligación eventual. Su efectividad dependerá del ejercicio en el tiempo de los derechos a favor del beneficiario y la presentación de los documentos de acuerdo a lo previsto en el crédito.

En un primer momento del contrato el cliente se obliga a pagar una comisión llamada de «apertura» que no es otra cosa que la remuneración por el crédito de firma concedido por el banco y la expectativa que surge de su cargo.

A esta obligación puede agregársele todas las obligaciones contingentes para los bancos originadas en un crédito de firma las mismas que dan lugar al pago de una comisión.

- *Hacer la provisión oportuna o rembolsar la suma pagada*

La disponibilidad del dinero puede traducirse en la concesión de un crédito de firma, aceptación o desembolso de una suma de dinero, que responderá a la existencia de un simple contrato de mandato, para lo cual se ha constituido una provisión de fondos o implicará la concesión de un crédito en dinero al ordenante.

En la medida que el banco emisor o cualquiera de los bancos que intervengan de conformidad con el crédito en esta posición, haya pagado la carta de crédito, el ordenante se obliga a reembolsarla de inmediato si no se ha previsto una concesión de crédito.

- *Las garantías*

Ante la solicitud de apertura de una carta de crédito, el banco emisor puede exigir el depósito de toda la operación en ciernes, en cuyo caso, no existiría crédito, sino el pago de una mercadería a través de una entidad de confianza que cuidará la correcta entrega del dinero contra el cumplimiento de las condiciones para su pago. En caso que el Banco Emisor convenga en otorgar crédito al ordenante, dicho crédito será materia de una operación paralela, y de ser el caso, contará con las garantías propias de toda operación crediticia.

Sin embargo, la apertura de la carta de crédito con las correspondientes instrucciones y documentación que dicho pedido conlleva contiene una forma de respaldo efectiva de los bienes materia de la transacción, en función de la forma como se documenta la transacción. Así, por ejemplo, si se emite un conocimiento de embarque o una carta porte correspondiente a la mercadería que es materia de la transacción mercantil, cabe la posibilidad de que estos documentos sean extendidos a la orden, endosados en blanco o directamente a la orden del banco emisor; caso en el cual éste figurará, desde el punto de vista cambiario, como el propietario de las mercancías frente a terceros.

Es evidente que si no aparece una cláusula restrictiva que indique que la transferencia se hace para el cobro, en unos casos, o en garantía, debe entenderse que la transferencia es plena y por lo tanto el endosatario lo es en propiedad desde el punto de vista cambiario.

Las desventajas que tiene esta forma de garantía es que los bancos no encuentran atractivo la posibilidad de figurar como propietarios de los documentos, lo que puede generar a su cargo responsabilidades como el eventual pago de derechos aduaneros y otros derechos de bodegaje, montos que difícilmente podrán desplazar a sus clientes.

También es posible pactar la prenda sobre la mercancía. En este caso el agente de aduana, o el almacén de depósito, recibe las mercancías como mandatario del banco emisor de manera que se produzca la entrega, requisito esencial en los contratos reales. La característica esencial de esta modalidad es que si bien los documentos aparecen a la orden del comprador, su entrega y depósito en manos del intermediario constituyen un derecho de prenda a favor del banco emisor. Si bien es cierto que surte efectos entre las partes, su desventaja es que no se puede oponer frente a terceros acreedores, que, en el momento dado, embarguen la mercadería.

A través del «Trust Receipt» se cuenta con un documento por medio del cual se deja constancia que el ordenante ha recibido la mercancía pero que el banco conserva los mismos derechos que tuviera sobre ella. Esta forma de garantía tiene su origen en el derecho anglosajón y es una forma de prenda sin tenencia por parte del acreedor.

Esta figura se constituye en forma exclusiva para permitir al comprador la inspección física de las mercancías para constatar las condiciones y tomar las medidas necesarias.

- *Pagar los intereses pactados*

Surge solamente cuando la apertura del crédito documentario se haya traducido en un desembolso del banco, sin provisión por parte del cliente o haya realizado una provisión insuficiente.

En este caso el interés es la remuneración que el ordenante reconoce al banco por el desembolso realizado por el mismo durante determinado tiempo a favor del beneficiario del crédito por cuenta del ordenante.

8.3. Obligaciones del beneficiario

- *Presentar los documentos*

Sobre este punto es necesario precisar que no se trata de una obligación del beneficiario surgida del contrato de crédito documentario pues el beneficiario no adquiere el compromiso frente a los bancos intervinientes de presentar los documentos, ni tampoco se obliga a ello frente al ordenante como consecuencia de la apertura de la carta de crédito; su obligación de realizar el despacho surge del contrato de compraventa.

La no presentación de los documentos no genera responsabilidad alguna frente a los bancos con los cuales no tiene vínculos, y sólo lo relaciona con el ordenante-comprador, pero no por infringir los términos de la carta, sino porque dicha omisión entraña el incumplimiento de obligación del contrato fundamental de entregar surgida del contrato de compraventa.

Esta obligación debe realizarla dentro del plazo de vigencia, si no lo hiciera, precluye para el beneficiario la posibilidad de hacerlo.

En los créditos además deben señalarse plazos específicos para presentar los documentos después del embarque de las mercancías y que en caso de silencio se entenderá que los documentos deben ser presentados dentro de los 21 días siguientes a partir de la fecha de emisión del o los documentos de transporte.

8.4. Facultades del beneficiario

Los beneficiarios tienen las siguientes facultades:

- *Hacer despachos parciales*

Como hemos mencionado anteriormente, las expediciones parciales están permitidas salvo que en el crédito se haya establecido en forma expresa lo contrario. Las expediciones realizadas en el mismo buque y para un mismo viaje no se

consideran como parciales, así cuando los documentos correspondientes tengan distintas fechas de embarque y aún señalen distintos puertos de expedición se consideran realizadas dentro del mismo envío.

En los casos de los créditos rotatorios simples pueden realizar otra expedición parcial siempre y cuando haya realizado los despachos dentro de los plazos establecidos, en caso contrario el crédito deja de ser utilizable.

En el caso de los créditos rotatorios acumulativos la no utilización de una fracción permite acumularla a cualquiera de las siguientes, supuesto en el cual deben estar predeterminadas las oportunidades y los montos fraccionables dentro de tales créditos.

Las expediciones parciales buscan facilitar al beneficiario la utilización progresiva de su crédito dentro del límite máximo de su validez y en la medida de que se cumplan los demás requisitos previstos en la carta de crédito.

- *Transferir la carta*

Esta facultad debe surgir de una expresa autorización de la carta, la cual debe calificarse como transferible para que confiera al beneficiario la facultad correspondiente. La transferencia implica la cesión de la obligación cuyo cumplimiento es requisito para poder ejercitar los derechos derivados de la carta.

Es la posibilidad que tiene el beneficiario de sustituirse con un nuevo deudor, para que este cumpla con la obligación consistente en despachar las mercancías y como consecuencia adquiera el derecho de demandar el pago de la suma correspondiente; resumiendo, es la facultad que tiene el beneficiario de ceder (transferir) el crédito.

En los casos que la transferencia esté permitida, el beneficiario debe dar las instrucciones al banco emisor o al banco designado para pagar o aceptar, o cualquiera facultado para hacer la negociación. Esta transferencia debe hacerse dentro de los límites y en las condiciones en que se haya expresado la conformidad bancaria y una vez que los gastos relativos a tal transferencia le sean pagados.

En este caso la transferencia de un crédito no implica la emisión de una nueva carta de crédito, solamente basta notificar al banco de tal circunstancia para que el nuevo beneficiario se presente al banco con la carta de crédito original y los documentos exigidos.

Debe ponerse especial consideración en que el crédito solamente puede transferirse una sola vez. La posibilidad que se haga a favor de distintos beneficiarios por fracciones. De no estar prohibido los despachos parciales, se debe tener en cuenta que la suma de las obligaciones de estos segundos beneficiarios no puede exceder el total de la obligación de despacho.

El beneficiario tiene la posibilidad de sustituir con sus propias facturas las del segundo beneficiario por importes que no excedan el crédito original e incluso por

Capítulo XX
CONTRATO DE ESPONSORIZACIÓN

1. Antecedentes. 2. Definición. 3. Clases de esponsorización. 4. Características del contrato. 5. Elementos del contrato. 6. Obligaciones y derechos de las partes. 7. Esponsorización y figuras afines. 8. Cláusulas principales. 9. Esponsorización deportiva. 10. Protección al derecho de la utilización de la imagen del deportista en la legislación peruana.

1. ANTECEDENTES

Según sostiene la mayoría de la doctrina, el contrato de esponsorización es el heredero directo del tradicional mecenazgo que responde a una evolución y a un cambio de intención de la persona que entrega la ayuda. Dicha evolución se manifiesta en que la causa de la atribución patrimonial no es la mera liberalidad, sino la entrega a cambio de retorno de la publicidad.[1]

Otro sector estima que se está ante un fenómeno totalmente nuevo cuyo origen se encuentra en la industrialización y en el afán de las empresas de encontrar formas de darse a conocer diferentes de las tradicionales que las distinga de la competencia.

El mecenazgo tiene su origen hacia el año 70 antes de Cristo, debiéndose su nombre a Cayo Cilnio Mecenas (69 a.C.-8 d.C.), ciudadano romano de fortuna, ministro y amigo del Emperador Octavio César Augusto, quien se distinguió por

[1] Elena VICENTE DOMINGO, *El contrato de esponsorizacion*, Editorial Civitas, Madrid, 1998. p. 41

la ayuda y protección que brindó a escritores, como Horacio, Virgilio, Propercio. De aquí que en los diccionarios, enciclopedias y libros y, en el mismo lenguaje coloquial, se denomine *mecenas* a la entidad o persona que protege ayuda o financia a personas o actividades del mundo de la cultura.[2]

En la Edad Media, entre los mecenas conocidos, destacan los Médicis de la ciudad de Florencia, los Reyes Católicos por el apoyo brindado al viaje de Cristóbal Colón, que da lugar al descubrimiento de América, que suele tomarse como un evento de mecenazgo no exento de dosis de esponsorización ya que fue una forma de lograr un prestigio y un reconocimiento para la Corona de España.

Si bien en un principio la protección se brindaba a las actividades intelectuales y artísticas, este concepto en la actualidad se amplía incluyéndose dentro de sus alcances la actividad físico-deportiva.

En cuanto al contrato de esponsorización, encuentra su origen en los Estados Unidos dentro del sistema del *Common Law,* conociéndosele con el nombre de «sponsorship»; en Italia se le llamará *sponsorizzazione,* y de dentro de la doctrina española se le denominará como *esponsorización.*

2. DEFINICIÓN

En cuanto a los términos *esponsorización* y *mecenazgo,* en muchas oportunidades se utilizan indistintamente, debido a que sus contornos se presentan a primera vista difusos.

En este sentido, es conveniente distinguir entre mecenazgo o patrocinio, y esponsorización o patrocinio publicitario comercial.

Se encuentran incorporados en el *Diccionario de la lengua española* el vocablo *mecenas* y *mecenazgo*[3], así como *patrocinador, patrocinante, patrocinar* y *patrocinio*[4]. Al contrario, las palabras *sponsor* y *sponsorización* no encuentran inserción en diccionarios oficiales de la lengua.

---

[2] José Antonio LANDABEREA UNZUETA, *El contrato de esponzorización deportiva,* Editorial Aranzandi, Pamplona, 1992, p. 22.

[3] DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editado por la Real Academia Española, 20ava. edición, Madrid, 1984, p. 890: «Mecenas (por alusión a Cayo Cilnio Mecenas, amigo de Augusto y protector de las letras y de los literatos) m. fig. Príncipe o persona rica que patrocina a los literatos o artistas», y «Mecenazgo: m. Calidad de mecenas. 2. Protección dispensada por una persona a un escritor o artista».

[4] *Id.* p 1027: «Patrocinador, ra. Adj. Que patrocina. ú t c s.»; « Patrocinante: p a. de patrocinar. Que patrocina»; «Patrocinar (del lat. *patrocinium*) tr. Defender, proteger, amparar, favorecer. / 2. Sufragar una empresa, con fines publicitarios, los gastos de un programa de radio o televisión, de una competencia deportiva o de un concurso»; «Patrocinio (del lat. patrocinium). Amparo, protección, auxilio / [..]».

valores unitarios que correspondan a los de la carta de crédito original, caso en el cual las facturas presentadas por el segundo beneficiario, si son por un monto global inferior, podrá demandar al banco pagador el reembolso de la diferencia o utilidad a su favor. La sustitución de facturas busca que el comprador, foráneo no se entere de la identidad del vendedor sustituto, para así poder inhibirlo de la posibilidad de hacer contacto con él para un futuro negocio.

La sustitución puede hacerse a un segundo beneficiario situado en el mismo país o en otro distinto, salvo que el crédito lo prohíba en forma expresa.

- *Ceder los derechos derivados del crédito*

En este caso se trata de la cesión de una deuda, es decir, de colocar a un deudor en lugar del original para que realice el despacho y, como consecuencia de haber cumplido la obligación, cobre el crédito.

La cesión del crédito se presenta cuando, habiendo el beneficiario hecho el despacho de las mercancías, y teniendo en su poder los conocimientos de embarque, las pólizas de seguros, las facturas comerciales, entre otros, procede a ceder los derechos derivados del cumplimiento de sus obligaciones, que, como todo derecho patrimonial en esencia, es cedible.

Es importante la delimitación conceptual de la esponsorización, no sólo por las diversas definiciones, sino porque el concepto tiende a confundirse con otros supuestos. La propia utilización del término, señala Vicente,[5] es discutida, y la doctrina ha manifestado que «contamos con las palabras como patrocinio y mecenazgo que traducen muy fielmente el concepto sajón de *sponsoring* y que hace totalmente innecesaria la utilización del término inglés.

Para algunos las palabras *patrocinio* y *mecenazgo* tienen un significado idéntico, pudiendo presentarse bajo dos variantes, con un objetivo publicitario (esponzorización), o sin dicho objetivo publicitario. Así para Sánchez Olea distinguir patrocinio de mecenazgo es un error, expresa que: «resulta estéril una separación quirúrgica entre mecenazgo y patrocinio pues es tarea casi imposible distinguir los grados de desinterés.»[6]

Otros distinguen estos conceptos para Rigaud, en opinión que se menciona en el libro de Corredoira y Alfonso[7]: «el sponsoring busca asociar a un acontecimiento y a lo que éste tiene de gratificante la marca de un producto o el nombre de la empresa. En cambio, el mecenazgo repudia las fórmulas de la publicidad y busca mejorar, a corto o a largo plazo, la imagen de la empresa. El mecenazgo es un modo más elegante, más sutil de informar un mensaje, ya sea publicitario, de relaciones públicas o propagandístico».

El mecenazgo es definido por el Informe Tummers[8] como quien «provee de medios económicos a un artista y organización cultural, sin buscar ventajas personales». A su vez define al *patrocinador* o *esponsor* como la persona que promociona o fomenta una determinada actividad cultural y obtiene una ventaja acordada casi siempre en forma de publicidad, considerándose que este es una forma de mecenazgo moderno, y adaptada a las estructuras económicas de hoy.

Por su parte, la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General de España[9] define el mecenazgo como «toda actuación positiva y altruista en beneficio de la enseñanza, la investigación científica, el arte o la cultura, realizada por personas físicas o jurídicas, ya sea de una manera directa, o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, mediante la aportación de medios económicos para posibilitar labores de creación

---

[5] Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, p. 44.

[6] José Antonio LANDABEREA UNZUETA, *op. cit.*, p. 29.

[7] Loreto CORREDOIRA Y ALFONSO, *Naturaleza jurídica del contrato de patrocinio*, Editorial Bosh, Barcelona, 1991.

[8] Informe Tummers del Consejo de Europa sobre la economía de la cultura de 10 de junio de 1987.

[9] Ley 30/1994, de 24 de noviembre

o para garantizar la realización de producciones científicas, docentes, humanitarias o culturales en sentido amplio, es decir, incluyendo dentro del término cultura, el deporte, el ocio, la conservación del medio ambiente, la naturaleza o el patrimonio histórico-artístico». Es la nota de liberalidad y de altruismo la que define históricamente el mecenazgo y que se resalta en la norma.

El mecenazgo se entiende como una liberalidad sin contraprestaciones de ninguna clase. Sin embargo, la referencia a mecenazgo se presenta actualmente como una actividad de financiación bajo dos modalidades: mecenazgo con contraprestación y mecenazgo sin contraprestación, en este último caso como mera liberalidad.[10]

Fusi y Testa consideran como definición de esponsorización a las «diversas relaciones jurídicas de contenido extremadamente heterogéneo, pero prevalecientemente atinentes a los sectores del deporte, de la cultura y de alguna forma de espectáculo o, más en general, del entretenimiento en sentido lato, por medio de los cuales una empresa (*sponsor*) se propone de incrementar la propia notoriedad e imagen a los ojos del público, a través del acoplamiento o conexión, en las más variadas formas y contra correspectivo, de su nombre o de sus marcas a hechos o personas de público interés».[11]

Para lograr la finalidad del contrato de esponsorización se requiere de auspicio, definido por el Dr. Max Arias-Schreiber Pezet como «el acuerdo en virtud del cual el auspiciador entrega sumas de dinero o determinados bienes útiles al patrocinado para que éste desarrolle la actividad pública que le es habitual o que, a través de algún otro mecanismo del más variado tipo, pueda lanzar algún mensaje de promoción de la empresa, producto o marca del patrocinador».[12]

En definitiva, señala Malpartida,[13] podemos decir que el contrato de esponsorización es aquel celebrado entre el auspiciador o patrocinador y el auspiciado o patrocinado, mediante el cual el primero se obliga a la entrega de determinada suma de dinero o de bienes para que el segundo despliegue su actividad de carácter habitual y pública. El auspiciado, a su vez, se obliga a –entre otros aspectos–, a portar o mostrar ante el público el nombre, marca, logotipo o signo distintivo que caracterice a la empresa patrocinante.

---

[10] José Antonio LANDABEREA UNZUETA, *op. cit.*, p. 23

[11] FUSI y TESTA, «I contratti di sponsorizzacione», en *Il diritto dell informazione e dell informatica*, citado por Juan ESPINOZA ESPINOZA, «Apuntes en torno al contrato de sponsorship», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Vols. 54 (Nº 2) y 55 (Nº 1), Años 1997-1998, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, p. 35.

[12] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Contratos modernos*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, pp. 372-373.

[13] Víctor MALPARTIDA CASTILLO, «El contrato de sponsorship», en *Contratos. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, y Modelos*, Editorial Rao, Lima, 2000, p. 296.

Entre los rasgos comunes entre el mecenazgo y el patrocinio se señala que ambas surgen de la iniciativa de los particulares. En cuanto al objeto se indica que las actividades promovidas o financiadas están dentro de la cultura dentro de un sentido amplio. Aunque el esponsor se inclina por actividades deportivas, y en menor medida por patrocinios publicitarios de conciertos o de exposiciones de arte, o incluso para restaurar el patrimonio histórico, lo que se conoce como esponsorización cultural.[14]

El mensaje publicitario tendrá una mayor intensidad cuando se trata de una actividad deportiva, a diferencia de la esponsorización cultural en que, si bien el mensaje no llega en forma masiva, revaloriza la imagen del esponsor.

En lo que se refiere a las distinciones que se pueden encontrar en ambas figuras, se menciona la finalidad que se persigue, mientras el esponsor persigue una finalidad publicitaria a cambio de la ayuda; en el caso del mecenas la finalidad concluye con la ayuda que entrega no exigiendo nada a cambio.

El esponsor mediante el patrocinio trata de conseguir una revalorización de su imagen aspciándola con un determinado evento, en consecuencia, la esponsorización constituye uno de los medios publicitario de que se vale la empresa.

En cuanto al sujeto, el mecenas es una persona que actúa dentro del ámbito particular, a diferencia del esponsor que los hace dentro del ámbito empresarial. Esta diferencia surge de forma casi espontánea si contemplamos el fenómeno del patrocinio publicitario como un paso en la evolución del mecenazgo hacia otras formas de fomento de la cultura con las que en la actualidad coexiste. La doctrina más especializada no ha dejado de difundir la idea propuesta inicialmente por Franceschelli, de que el esponsor nace de una lenta evolución de un contrato unilateral a uno bilateral con prestaciones respectivas con finalidad directamente comercial más que de liberalidad.[15]

Otra distinción entre ambas figuras se da en el riesgo, la frustración del evento por caso fortuito o fuerza mayor significara para el esponsor que no tendrá la publicidad que esperaba, mientras que en el caso del mecenas al no esperar publicidad, no se presenta esta situación.

La confusión puede presentarse cuando se trata de la esponsorización cultural, como sería la rehabilitación de un patrimonio artístico, que si bien no hay una publicidad directa, la referencia o la mención a la empresa patrocinadora contribuye a una mejora y difusión de su imagen.

---

[14] Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, p. 57.

[15] En el derecho anglosajón la esponsorización se entiende como un «business deal», precisándose de esta manera su carácter empresarial.

De estas figuras, Vicente[16] extrae la conclusión de que el punto de partida de ambos es el mismo: la financiación de actividades de naturaleza cultural. Pero esa financiación puede terminar en sí misma, como ocurre con el mecenazgo, o hacerse con un objetivo publicitario, como pasa en la esponsorización.

En algunos casos puede ser que la contraprestación no aparezca en forma evidente, pero de una u otra forma existe, aun tratándose de actividades culturales, como las exposiciones culturales, publicaciones de interés limitado, etc., donde el nombre del auspiciador es mencionado, además que estas acciones están consideradas en el presupuesto como parte de la propaganda y publicidad.

3. CLASES DE ESPONSORIZACIÓN

El contrato de esponsorización, como se ha expuesto, reúne dos notas distintivas: la ayuda y la publicidad de retorno.

La clasificación de la esponsorización puede ser, atendiendo: a) al objeto, y; b) a la contraprestación.

a) Objeto de la contraprestación

Esta clasificación dependerá de la actividad que se financie, así la esponzorización podrá ser: cultural, deportiva, social y radiotelevisa.

a.1) Esponsorización cultural

En cuanto a la esponsorización cultural, la que es definida por Franzosi como: «el fenómeno en virtud del cual un sujeto al que llama esponsor, promete o entrega dinero u otra utilidad para la realización o la mejora de una obra o un evento con valor cultural siempre que el nombre del esponsor quede unido al de la obra o evento».[17]

En la esponsorización cultural se produce una unión entre el esponsor y una obra o evento que es la que va a ser objeto de la ayuda; a diferencia de la esponsorización deportiva, que dirige sus mensajes a un público de masas, la esponsorización cultural se dirige a un público más elitista.

Dentro de la esponsorización cultural destaca la rehabilitación del patrimonio artístico, lo que es de particular importancia en países como el nuestro, con un incalculable patrimonio artístico e histórico, destinado a suplir la falta de atención por parte del Estado debido a la falta de recursos.

---

[16] Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, p. 52.

[17] FRANZONSI, «La sponsorizzazione culturale», en *Sponsorizzazione e pubblicita*, a cargo de M. Costanza, Ipsoa, 1989, p. 33.

a.2) Esponsorización deportiva

Debido al auge del deporte, y siendo este un espectáculo de masas, se ha identificado a la esponsorización con este campo, la que puede estar destinada a un equipo, identificando a la empresa con el equipo, o bien a un deportista en particular; en ambos casos la ayuda que se presta es para que pueda realizar su actividad transmitiendo el mensaje de quien lo patrocina.

a.3) Esponsorización televisiva

Se ha definido a esta clase de esponsorización como la unión entre el nombre de un producto o de una empresa y un programa de televisión, de manera que el público identifique la emisión con el esponsor. Esta esponsorización corre el riesgo de confundirse con la publicidad tradicional.

El esponsor financia la emisión de los programas sin que esto signifique su participación en el contenido y dirección del programa. Por otra parte, deberá especificarse que se trata de un programa patrocinado sin que tenga derecho a mensajes publicitarios directos de la compra de sus productos o la utilización de sus servicios.

En España la esponsorización televisiva se encuentra regulada en la Ley de Actividades de Radiodifusión Televisiva, la que define, en su artículo 3.e), al patrocinio publicitario por televisión como «aquel contrato por virtud del cual una persona física o jurídica, denominada patrocinador, no vinculada a la producción, comercialización o difusión, contribuye a la realización de programas de televisión realizados por otra persona, física o jurídica, llamada patrocinado con la finalidad de promover el nombre, marca, imagen actividades o realizaciones del patrocinador».[18]

Una vez más, resaltan las notas esenciales de esponsorización en este tipo de patrocinio publicitario televisivo: la ayuda que entrega el esponsor, con la finalidad o a cambio de publicidad o promoción de los signos distintivos de la actividad del esponsor.

La esponsorización televisiva contará con mismas prohibiciones publicitarias que la ley puede imponer al tabaco, al alcohol y a los medicamentos.

b) Contraprestación

En lo que se refiere a la clasificación de la esponsorización, considerando la contraprestación, la misma que puede comprender tres clases: la propia o pura, la intermedia, y la impropia o impura, que se deriva de la evolución histórica del mecenazgo a la esponsorización, aspecto que en forma unánime concuerda la

[18] Ley 25/1994, del 12 de julio.

doctrina, de la protección a los escritores y artistas, propio del mecenazgo, se ha pasado lentamente a la ayuda y protección con fines comerciales con la correspondiente contraprestación.

La esponsorización propia o pura se dará en el caso que haya contraprestación debido a que las partes reciben tanto como dan. En el caso de la impropia o impura, en la que el esponsor no recibe nada a cambio por entregarse la ayuda, por ánimo de liberalidad, lo que sería una acción de mecenazgo.

La esponsorización puede ser también intermedia, a la que atribuyen una naturaleza de donación modal, debido a que la publicidad que el esponsor recibe en retorno no llega a ser una verdadera contraprestación.

4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

El contrato de esponsorización se encuentra en la categoría de contratos atípicos al no haber sido considerado legislativamente. En cuanto a la distinción entre contratos típicos y atípicos esta radica en que exista o no una previa normatividad o una disciplina jurídica objetiva y general. Como expresa Diez Picazo,[19] son atípicos «aquellos contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa», y serán típicos «aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa».

Doctrinariamente se ha establecido una equivocada identidad entre contratos típicos y nominados por una parte, y atípicos e innominados por otra. Asimismo, en nuestro Código Civil vigente se habla de contratos nominados e innominados en vez de típicos y atípicos.

Los contratos serán nominados cuando cuenten con un *nomen iuris,* es decir, aquella denominación que recibe un contrato, sea en la ley, la jurisprudencia o la doctrina. Asimismo, se hablará de contratos innominados cuando no cuenten o carezcan de un *nomen iuris,* en los términos referidos anteriormente.

Entre las principales características de este contrato se encuentran:

a) Consensual

Es un contrato consensual, es decir, se cumple en este contrato el principio que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. El carácter mencionado tiene que ver con la libertad de forma predominante en este tipo de contratos. No obstante, la forma importa en la medida que sirva como protección complementaria al consentimiento.

---

[19] Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 253.

b) Oneroso

Es a título oneroso, ya que cada uno de los sujetos celebrantes sufre un sacrificio que se compensa con una ventaja. Siendo parte esencial de esta figura el precio o la contraprestación.

c) Bilateral

En este contrato hay prestaciones recíprocas a las que se obligan las partes, por una la entrega de la ayuda y por la otra la publicidad.

Aunque debe precisarse que las prestaciones no se cumplen de modo simultáneo, en este sentido señala Vega[20] que, dada la forma en que suelen ejecutarse las prestaciones a cargo de ambas partes, la eventual aplicación del artículo 1428 del Código Civil (relativo a la «exceptio non adimpleti contractus» o excepción de contrato no cumplido) podría requerir de cierta precisión. El esponsor que financia la actividad le entrega al esponsorizado dinero o bienes para que ejecute su cumplimiento, por otra parte el esponsorizado ejecuta la labor que le corresponde en un momento posterior a la entrega mencionada, como puede ser la exhibición del logo del esponsor en las camisetas que este le proporcionó, o permiter el uso de su imagen, lo que no hace posible la aplicación del mencionado artículo.

d) Sinalagmático

Se desprende el carácter oneroso y sinalagmático del contrato, pues el patrocinador ayuda a cambio de un comportamiento del patrocinado. En este sentido, Diez Picaso se refiere a la idea de «sinalagma genético» que subyace en el patrocinio publicitario, pues ambas partes reciben una contraprestación que se conoce y se constituye como la causa de la obligación desde su comienzo.

Puede presentarse la situación de un efecto contrario a la imagen del esponsor debido a una conducta impropia del esponsororizado o una actuación que no este de acuerdo con las expectativas, como sería el caso del equipo de fútbol que baja a la segunda categoría, donde se asocia al equipo con el esponsor, lo que puede dar a una publicidad negativa. Esta situación ha llevado a la doctrina a plantearse si el grado de *alea* es lo normal del contrato o si el contrato de esponsorización es de naturaleza aleatoria.

Algunos consideran que se está ante un contrato de naturaleza aleatoria debido a que una de las partes, o ambas, se obligan a una prestación incierta.

Para la mayoría, en el esponsorización no hay prestaciones inciertas, el esponsor se obliga a una ayuda económica y a cambio el esponsorizado se obliga a realizar una actividad haciendo conocer el signo o logotipo del esponsor.

---

[20] Yuri, VEGA MERE, «Consumidor y contratación moderna», *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima-Perú, p. 256.

e) Conmutativo

Es un contrato conmutativo, debido a que desde el instante de su celebración ambas partes conocen las obligaciones que les corresponden. No obstante lo dicho, Max Arias-Schreiber establece una precisión importante en cuanto a que este contrato puede quedar expuesto muchas veces a los avatares de la actividad esponsorizada: «En efecto, la previsión, por parte del patrocinador, del beneficio que obtendrá del *retorno publicitario* habilitado por el auspiciado depende, en gran parte, de diversos elementos de juicio...»[21]

5. ELEMENTOS DEL CONTRATO

a) Objeto del contrato

Estando a que la esponsorización se vincula al campo publicitario, el objeto tendrá relación con la publicidad siempre que esta no sea ilícita. No se admitirá la publicidad que atente contra la persona humana y en general aquella publicidad considerada como ilícita, como puede ser la: engañosa,[22] desleal,[23] sublimal,[24] así como la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados producto, bienes, actividades o servicios, como podrían ser los casos del alcohol y del tabaco.

En cuanto a la normatividad que sanciona la competencia desleal esta se encuentra en el Decreto Ley Nº 26122, que considera, en forma enunciativa, como desleales los actos destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena. Asimismo, se considera como desleal, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que se han mencionado.

---

[21] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 379

[22] Se entiende por publicidad engañosa, la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa (art. 4 de la Ley 34/1988) la publicidad que silencie los datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios.

[23] La publicidad desleal se refiere a aquella que, por su contenido, forma de presentación o difusión provoca, el descrédito, designación o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

[24] La publicidad subliminal es aquella que mediante técnicas de promoción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

En relación con estos, actos la Resolución Nº 245-1999/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa del Consumidor conforme a lo establecido en el artículo 43 del D. Leg. Nº 807, declaró que constituye precedente de observancia obligatoria la aplicación del principio que se enuncia a continuación:

Los componentes de la identidad de la persona, que engloban el nombre, la apariencia o imagen y otras características asimilables, constituyen un tipo de titularidad intangible que resulta asimilable al prestigio comercial (*goodwill*) y ante la clientela alcanzado por un determinado proveedor a través de la comercialización continuada de sus productos o servicios en el mercado, cuyo aprovechamiento indebido es sancionado por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.[25]

El aprovechamiento indebido de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro se sanciona en el artículo 241 del Código Penal con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Por otra parte, siendo el objeto de este contrato el apoyo a actividades culturales, artísticas, deportivas, se plantea si este apoyo es parte del objeto de una empresa comercial. Lo cierto es, señala Alegría,[26] que en muchos sistemas jurídicos es motivo de preocupación si: (i) cabe dentro del objeto de una sociedad comercial ocuparse de las ciencias, el arte, los deportes, la ecología, etc., y (ii) sí puede esta clase de sujetos destinar sus fondos a liberalidades o actos a título gratuito.

En cuanto al desvío del objeto, expresa que cabrá razonar que la empresa no habrá abrazado objetos ajenos a los designados en sus instrumentos fundantes (estatutos, contratos sociales, etc.) por realizar actos de esponsorización. Esto porque se debe tratar de una *utilización racional y finalista* de los fondos, precisamente destinados al *fin* para el cual la empresa ha sido creada: la generación de utilidades.[27] No cabe confundir el objeto social con los actos lícitos para su consecución.[28] Esta cuestión se resuelve con la utilización de criterios de razonabilidad,

---

[25] La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del artículo 7 del Decreto Ley Nº 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazada deberá acreditar que cuentan con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate (Resolución Nº 245-1999/TDC-INDECOPI. Expediente Nº 045-1988-CCD. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia de fecha 16 de julio de 1999. Publicada en el Diario *El Peruano* del 29 de julio del 2000, p.191030).

[26] Héctor ALEGRÍA, «Esponzorización o Mecenazgo», *Separata de la Revistas de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nº 145/146, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1992.

[27] *Id.*, p. 8.

[28] Hay que tener presente que el objeto de la sociedad es la actividad a la que puede dedicarse, el fin pretendido por los socios es la utilidad. *Id.*

desde que, en efecto, la esponsorización está directamente vinculada a los actos societarios, pues se trata de un medio más de comunicación dentro de la estrategia de la empresa, que tiende, en definitiva, a mejorar su imagen social (o a mantenerla) a fin, precisamente, de que pueda realizar mejor los actos descritos en su objeto social y maximizar sus beneficios. En este sentido, tendría igual consideración que la publicidad tradicional o institucional.

El lo que se refiere al ítem (ii), para Alegría no se trata de liberalidades o actos gratuitos, concluye que el acto de esponsorización tiene un *interés económico* (directo o indirecto) para la empresa, lo que es fácilmente deducible, a su juicio, en el derecho argentino, así, la legitimidad para la empresa (sociedad) es indudable.

Muchos estudiosos del fenómeno han abandonado la interpretación «caritativa», desprendida o de pura generosidad del mecenazgo. Tanto es así que la discreción de los nombres de los favorecedores fue interpretada sin sentido, y en todo caso se atribuye alguna finalidad al apoyo a manifestaciones culturales, casi siempre vinculadas al reconocimiento público de la figura del mecenas o patrocinador.

b) Causa

En lo que se refiere a la causa, este es aplicable a los contratos típicos como los atípicos, en los primeros el legislador hace un reconocimiento directo de su causa. En los segundos, el reconocimiento es indirecto.

La causa se vincula con la finalidad del acto, corresponde establecer el sentido del fin lícito y a donde se orienta como requisito de validez. De ello se extrae la consecuencia de que en los contratos onerosos, la obligación de cada parte, encuentra su causa en la obligación asumida por la contraparte.

En cuanto a la causa en el contrato de esponsorización, se considera que la obligación del patrocinador de compensar económicamente tiene su causa en la obligación del patrocinador de prestarse a la publicidad de aquél y viceversa.

Para Polettini[29] estos contratos comparten la misma causa o función económica social, la de hacer publicidad de la actividad del esponsor, la cual se conoce en el argot publicitario como el retorno publicitario, por ser una publicidad que vuelve al esponsor mediante el éxito de una actividad que no es en sí publicitaria y que significa la unión con fines comerciales de la imagen y el nombre de ambas partes contratantes y que se alza como la clave de la esponsorización.

Para otros autores la causa de estos contratos es la liberalidad o la pura beneficencia. En este sentido, la causa objetiva es de ayuda aun cuando haya contraprestaciones más o menos equiparadas y cualquiera que sea la naturaleza jurídica del modo de ayuda o pago del patrocinador.

---

[29] POLETTINI, «Sponsorizzazione e buona fede contrattuale», en *Il diritto industriale*, Nº 8, 1994, p. 803. Citado por Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, p. 107.

Al estar la esponsorización unido al fin publicitario, reducir la causa exclusivamente a fines publicitarios tampoco resulta satisfactorio. Para López Menudo, considerando el carácter oneroso del contrato, es mejor hablar de causa para cada contratante, no de causa del contrato: para el patrocinador la causa es la prestación publicitaria del patrocinado y para éste la causa del contrato es la aportación económica del esponsor.[30]

c) Sujetos del Contrato

Entre los sujetos que intervienen en el contrato de esponsorización se encuentran: el patrocinador que es la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad y el patrocinado que es quien recibe la ayuda económica para la realización de una determinada actividad.

El patrocinador puede ser que comparta con otra firma la esponsorización, lo que da lugar al copatrocinio. Se trata de casos de concurrencia de varios patrocinadores que apoyen económicamente al patrocinado utilizando el mismo soporte publicitario, tal como ocurre con la camiseta de los tenistas, o con la vestimenta de los automovilistas o en el automóvil de competencia, donde diversas firmas comparten un mismo espacio.

Para estos efectos, puede ocurrir que estos diversos patrocinios, para un mismo sujeto, se encuentren en un solo contrato o se trate de contratos independientes, en este último caso puede presentarse una superposición de derechos y obligaciones por una falta de conocimiento de los diversos contratos por parte de los esponsores.

En las relaciones entre el patrocinado y el patrocinador, pueden presentarse como intermediarios las denominadas agencia de esponsorización, las mismas que si bien pueden presentarse como agencias de publicidad, se han especializado en esta forma publicitaria, en este caso quien abona la contraprestación económica es la agencia de publicidad en lugar de la empresa que se beneficia de la colaboración publicitaria. Dentro de este campo se encuentran las denominadas agencias de deportes, nacidas en los Estados Unidos relacionadas con el desarrollo de la publicidad en el deporte y al asesoramiento a deportistas.

En principio, las agencias de publicidad fueron las primeras en tratar estos aspectos, los que están vinculados a sus actividades. Posteriormente surgen agencias especializadas en esponsorización, entre las cuales se puede distinguir las que se dedican al asesoramiento y estrategia, y las que se especializan en la administración del acontecimiento.

---

[30] Citado por José Antonio LANDABEREA UNZUETA, *op. cit.*, p.50.

d) Consentimiento

El consentimiento de las partes es requisito indispensable para la celebración del contrato, el que está relacionado con la capacidad para otorgarlo, encontrándose dentro de esta capacidad la mayoría de edad.

Tratándose de actividades deportivas, cuya práctica la realizan menores de edad que destacan como figuras individuales se tendrá que tener presente la legislación aplicable en cuanto a la capacidad para contratar.[31]

6. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

a) Obligaciones de las partes

En cuanto a la obligación principal del esponsor, es la de proporcionar una ayuda económica al esponsorizado, la que puede ser en dinero o en especie, como sería en este último caso, la entrega del material para el desarrollo de la actividad. Esta ayuda es materia de cuantificación, la que dependerá de factores tales como la duración del contrato y si hay o no exclusividad. Según la duración del contrato la ayuda podrá otorgarse a través de entregas parciales lo que permite disminuir el riesgo del esponsor en relación con circunstancias aleatorias.

Además de la cuantía y la forma de pago, puede pactase el pago de una prima al patrocinado, la que estará en relación al resultado altamente satisfactorio de la actividad para el esponsor, en este caso el resultado supera las expectativas cifradas.

La principal obligación del patrocinado es colaborar en la publicidad del patrocinador, utilizando la vestimenta y los instrumentos de competición que le proporciona el esponsor, en la que se incluye su nombre comercial del patrocinador, así como la inclusión de su nombre en los carteles o anuncios, relacionados con el espectáculo.

---

[31] Respecto a la capacidad legal para contratar, esta se alude, en el inc. 1 del art. 1 del Código de Comercio, que hace referencia en términos generales a la capacidad establecida por el Código Civil. El art. 4 del Código de Comercio alude a tres situaciones: ser mayor de edad, ser menor legalmente emancipado y tener la libre disposición de los bienes.

Conforme a reglas del Código Civil, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años (art. 42), y el menor podrá ser legalmente emancipado o emanciparse a partir de los dieciséis (art. 44). En cuanto a la libre disposición de los bienes, supone la posibilidad de realizar respecto de ellos todos los actos permitidos por la ley, puesto que en el ejercicio de la actividad comercial puede comprometerse el destino de los bienes.

Por otra parte, cabe distinguir las dos clases de capacidad que reconoce el derecho: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Si bien los menores no emancipados y los incapacitados en general no tienen capacidad de ejercicio, sí tienen capacidad de goce por intermedio de sus representantes legales, correspondiéndole a sus padres conjuntamente en ejercicio de la patria potestad. (art. 418 y 423 del Código Civil).

La forma de la publicidad dependerá del tipo o clase de esponsorización. Así, si se trata de una esponsorización deportiva, el deportista se compromete a realizar la actividad deportiva que desarrolla y llevar los símbolos o logos del esponsor, identificando su imagen con este. Cuando se trate de una esponsorización cultural, la obligación principal asumida por el esponsorizado es de resultado, siendo la finalidad, igual que en la deportiva, la publicidad de la imagen del esponsor.

En cuanto a la creación de la idea publicitaria, es algo que, habitualmente, y salvo que se convenga en contrario, atañe única y exclusivamente al patrocinador que, por sí o a través de una agencia publicitaria, debe idear la fórmula de transmisión de la publicidad a través del patrocinado, valiéndose o no de un previo contrato de creación publicitaria.

b) Derechos de las partes

Entre los derechos de esponsor se encuentra el de dirigir y controlar la campaña de publicidad. En este sentido, en el caso de surgir responsabilidades derivadas de la publicidad, como puede ser su rectificación o cesación se dirigen contra el anunciante.

7. ESPONSORIZACIÓN Y FIGURAS AFINES

Como se ha expresado, en nuestro medio el contrato de esponsorización es de carácter atípico, no existiendo norma que lo regule. Sin embargo, tratándose de un contrato atípico, intervienen elementos que son partes de otros contratos, como puede ser: la construcción de obras (construcción de un pabellón o estadio), un contrato de cesión de derechos de la propiedad industrial (explotación de símbolos y emblemas del club), un contrato publicitario (explotación de la publicidad).

a) Subvención y donación

Siendo la finalidad de la esponsorización la ayuda económica, puede confundirse con contratos tales como la subvención y la donación. En el caso de la esponsorización, igualmente nos encontramos con una ayuda económica, pero, a diferencia de la subvención, el patrocinado se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador.

Además, en el caso de la subvención hay un aporte para el beneficiario sin la obligación de restitución, la que es otorgada por una entidad pública, mientras que en la esponsorización esta acción le corresponde a la actividad privada.

En cuanto a la donación, igualmente como la esponsorización, es una forma de ayuda. Sin embargo, la característica de la donación es la ausencia de onerosidad, constituyendo una liberalidad. En cambio, en la esponsorización el patrocinador ayuda económicamente al patrocinado a cambio de su colaboración en la difusión publicitaria.

b) Contrato de merchandising *deportivo*

El *merchandising*, señala Vicente,[32] consiste en la concesión de una licencia para la fabricación, comercialización y distribución de productos de un determinado tipo, con el emblema, el logo, la imagen o cualquier otro signo del esponsorizado.

Se trata en este caso de la explotación publicitaria de diferentes derechos como los símbolos y emblemas.

En el campo del deporte comprendería la venta de una serie de derechos que van desde la explotación de las instalaciones deportivas del club, de sus derechos televisivos, de los símbolos y emblemas, hasta la explotación publicitaria de diversos derechos del club.

A este contrato se la ha venido a denominar «merchandising deportivo». A diferencia del contrato de esponsorización, el contenido de este contrato no es fundamentalmente publicitario. Por otra parte la contraprestación del club no es la de colaborar, a cambio de la financiación económica en la publicidad de la entidad que le proporciona dicha financiación.

c) Esponsorización y product placement

Al «product placement» se le considera como una forma de publicidad oculta ya que consiste en la muestra de un determinado producto en un espectáculo, en una película o en un evento cultural, sin que fácilmente sea reconocible, pues no se anuncia, sino que aparece como producto de consumo.

Hay autores que consideran al «product placement» como una forma más de esponsorización. Sin embargo, lo que distingue a ambas figuras es la capacidad para reconocer la publicidad, la que aparece como algo fortuito en el «product placement».[33]

d) Esponsorización y testimonial

Esta figura es ampliamente difundida en los Estados Unidos, se trata de una persona conocida quien, a cambio de una retribución, hace declaraciones públicas sobre tal o cual producto dejando entrever que lo utiliza.

e) Esponsorización y patrocinio publicitario

En lo que respecta al patrocinio publicitario, la Ley General de Publicidad de España incorpora al contrato de publicidad el contrato de patrocinio, definiéndolo,

---

[32] Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, p. 46.

[33] Como puede ser en una película, que en un viaje en avión, aparezca el nombre de una compañía conocida, o al servirse una bebida aparezca su marca y en general de cualquier producto de consumo.

en su artículo 24, como «aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultura científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador»[34].

Entre las diferencias que pueden apreciarse entre la esponsorización y el contrato de difusión publicitaria se puede mencionar, en el caso de la esponsorización, el compromiso del esponsorizado de realizar su propia actividad llevándola a cabo con total independencia profesional, no recibiendo órdenes técnica; en el contrato de difusión publicitaria el anunciante va a dirigir técnicamente la actividad publicitaria.

Por otra parte, en el contrato de publicidad parte de este es la tarifa publicitaria, situación que no se presenta en la esponsorización en la que el esponsorizado obtiene una remuneración en función de su capacidad personal de difundir el mensaje publicitario.

f) El contrato de esponsorización y la locación de servicios

Algunos tratan de calificar el contrato de esponsorización como un contrato de locación de servicios.[35]

Así, se señala que en la locación la retribución se identifica con la ayuda del esponsor al esponsorizado, y en cuanto al servicio, corresponde a una forma especial de mensaje publicitario. Sin embargo el esponsor no arrienda un servicio en si, sino que la finalidad del negocio se consigue a través del servicio que presta; corresponde al esponsorizado asumir el compromiso publicitario de trasmitir el nombre y distintivo del esponsor con su actividad.

Para Vicente[36] el principal elemento para rechazar esta opción está en que el esponsorizado no es un mero prestador de un servicio, sino que se le ayuda o financia esta actividad para que se dé a conocer a la sociedad el mensaje del esponsor.

g) El contrato de esponsorización cultural y el contrato de obra

Se ha tratado de considerar al contrato de esponsorización cultural como un contrato de obra, y especialmente la ayuda con fines publicitarios para la rehabilitación del patrimonio cultural.

En este contrato una de las partes se obliga a ejecutar una obra por cierto precio. Se identifica al esponsor con el comitente, ya que es quien paga o financia

---

[34] Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE 15-11-1988", R.2273).

[35] El Código Civil define al contrato de locación de servicios como sigue: « Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.»

[36] Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, p. 89.

total o parcialmente la obra, entregando una ayuda al esponsorizado para que la realice por sí mismo o por medio de otro; a quien se considera contratista asume, además de la realización de la obra, la obligación de dar a conocer en la forma prevista el nombre y la imagen de la empresa que proporcionó la ayuda para materializar la obra.

En consecuencia en el contrato de obra la ayuda es a cambio de una obra mientras en la esponsorización la ayuda es a cambio de publicidad.

h) El contrato de esponsorización y la donación modal.

La donación modal consiste en una subvención gratuita por parte del donante a cambio del cual se recibe algo del donatario, la misma constituye una carga, se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Un aspecto para definir la donación modal es el alcance de la contraprestación, siempre que no se llegue a esa categoría se estará frente a una donación modal.

El contrato de esponsorización tiene una naturaleza de carácter oneroso, aunque hay casos de patrocinios publicitarios dudosos lo que lleva a que algunos califiquen este contrato de donación modal.

En ambos casos hay ayuda y carga, aunque en el caso de la esponsorización se requiere que se divulgue la ayuda. Al donatario, en principio, no le corresponde esta divulgación, la que sería hecha por terceros.

La consecuencia del incumplimiento de la divulgación por parte del esponsorizado facultaría al esponsor a la resolución del contrato y el resarcimiento de daños y perjuicios, a diferencia de este incumplimiento en la donación cuya consecuencia sería la revocación de la donación.

8. CLÁUSULAS PRINCIPALES

Tratándose de un contrato atípico, al no estar contemplado en la legislación es necesario que las cláusulas deban de detallar las obligaciones de las partes, además de las cláusulas que corresponden a los contratos en general, hay ciertas cláusulas propias de estos contratos, como son las de: no concurrencia, supremacía, prioridad, exclusividad, reducción de la contraprestación, incumplimiento.

a) Cláusula de no concurrencia

Es el caso de no suscribir ningún otro contrato de esponsorización. Esta prohibición puede ser total o parcial; es total cuando el patrocinador prohíbe que el club o federación pueda asociar cualquiera de sus derechos (carteles, eventos, indumentaria, etc.) a la imagen de otra empresa. El esponsor excluye así toda otra posibilidad de explotación publicitaria.

La admisión de la concurrencia de más patrocinadores da lugar al copatrocinio, siendo habitual que el patrocinador, a fin de preservar la eficacia de la publicidad

programada, estipule una supremacía de su patrocinio sobre cualesquiera otros. La técnica más sencilla para verificar dicha supremacía es la determinación de espacios.

b) Cláusula de exclusividad

Esta cláusula tiene relación con la cláusula de no concurrencia, en este caso se prohíbe al esponsorizado que celebre otros acuerdo de patrocinio publicitario con otras empresas, mientras el contrato celebrado se encuentre vigente.

De la misma forma que la anterior, esta exclusividad puede ser absoluta o relativa; por la primera, es el compromiso de no celebrar ninguna clase de contrato; por la segunda, la limitación es la de no contratar con empresas de competencia del esponsor.

c) Cláusula de prioridad o preferencia

Mediante esta cláusula, al concluir el contrato el esponsor tendrá preferencia en su renovación, siempre que las condiciones sean similares de aquellas ofrecidas por un tercero.

d) Cláusula de participación en ventas o beneficios

Por esta cláusula el esponsorizado asume la obligación de entregar al esponsor un porcentaje de los beneficios que se obtengan del producto de la actividad patrocinada, a efecto que el esponsor recupere parte de su inversión. La misma suele ser habitual en un tipo específico de esponsorización, como la cultural, ya que una vez conseguida la rehabilitación de la obra, o la celebración del concierto, si tiene éxito, se generan unos beneficios en los que el esponsor participa, como puede ser la venta de catálogos y de entradas.

Asimismo, el esponsor puede obtener lo que los ingleses denominan *credits and benefits*, como puede ser la entrega de las mejores entradas para la primera representación o el «paquete de hospitalidad» que el COOB'92 reservó a las empresas patrocinadoras.

e) Cláusula de resolución de controversias

En lo que concierne a la solución de controversias provenientes de la ejecución del contrato de esponsorización, lo usual es pactar el sometimiento al arbitraje, para lo cual es necesario una cláusula arbitral, la misma que podrá ser una del contrato principal, o cualquier otro documento donde las partes expresen su voluntad de resolver las controversias en la vía arbitral.

f) Cláusula de distribución contractual de los riesgos

En este contrato el riesgo natural es que el retorno publicitario no se produzca, sin que sea culpa o negligencia del esponsorizado; si bien el retorno de la

publicidad es el fin primordial del contrato, la ayuda no queda condicionada a su logro.

En algunas oportunidades el esponzorizado asume contractualmente el riesgo de la frustración del contrato por causas imprevisibles, obligándose a la suscripción de un seguro a su cargo, que en algunas compañías se le conoce con el nombre de seguro de sponsoring.

g) Cláusula de extinción de las obligaciones

El incumplimiento de obligaciones tales como la falta de: aporte comprometido por el esponsor, difusión de la publicidad por el esponsorizado, la celebración con un tercero de un contrato de esta naturaleza habiéndose pactado la cláusula de exclusividad, además el caso fortuito o fuerza mayor, tal como en el caso de los contratos de esponsorización deportiva, debido a la suspensión de una competencia, o lesión de la figura publicitaria, o una huelga de los deportistas, etc.

En el caso que se deba a conductas imputables a cualquiera de las partes, dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El incumplimiento puede deberse, en el caso del esponsor, por la falta de entrega de los bienes o del dinero que se ha comprometido. En el caso del esponsorizado, lo constituye la falta de su actividad, lo que no permite la publicidad.

Pueden presentarse situaciones de incumplimiento en el caso de deportes colectivos debido a que uno o varios de sus integrantes se niegue a exhibir el logo o marca del esponsorizador durante las prestaciones del equipo. Este aspecto adquiere especiales características si se trata de un equipo u organización, donde las personas en forma individual no tienen ningún vínculo con el esponsorizador.

Se plantea, en consecuencia, los alcances de la responsabilidad del esponsorizado si uno de los miembros del equipo no utiliza la vestimenta con la publicidad que atañe al esponsor; o también, como sería el caso del animador de un programa televisión que no menciona el nombre del patrocinador o exhiba su producto. Hay que tener presente que el esponsorizador ha pactado el retorno publicitario, interesándose por el resultado, al margen si este es realizado por el organizador o las personas a quienes le dio el encargo.

h) Cláusula resolutoria expresa

Se trata de una cláusula en el caso de incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones, lo que da lugar a que la parte afectada pueda solicitar la resolución del contrato. En virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, estas pueden acordar la resolución del contrato sin acudir a los tribunales

Tratándose de contratos de esponsorización, este tipo de cláusulas son habituales debido a que facilitan la resolución del contrato, así como permiten al esponsor desligarse del mismo cuando el esponsorizado mantiene cierta clase de

comportamientos que no sólo son en sí mismos causa de frustración del contrato por incumplimiento, sino que también suelen ser la causa del perjuicio o del daño sufrido por el esponsor, que soporta una publicidad negativa

Entre las causas de este incumplimiento, en el caso de esponsorizado, se puede deber a la inexistencia del retorno publicitario, o que no se alcance las metas de publicidad previstas, como sería el caso de un equipo de fútbol que descienda a segunda división, o no se ubique entre los primeros puestos; similar situación puede presentarse en la publicidad televisiva cuando el *rating* del programa alcance niveles muy bajos.

El incumplimiento puede presentarse, además, debido a una sanción de suspensión de la actividad deportiva, o en el caso de deportes individuales por lesiones o enfermedades del deportista.

i) Cláusula de reparación de daños

El incumplimiento de las obligaciones de una de las partes trae como consecuencia la reparación de los daños causados. La determinación de la cuantía del daño en particular del lucro cesante responde a factores de difícil evaluación. Se plantea hasta qué punto se ha afectado la actividad usual del esponsorizado por la falta de este apoyo. Igualmente, en lo que respecta al esponsorizador, la falta de la actividad del esponsorizado que no permite la promoción de sus productos o imagen, qué consecuencias tendría en la venta de sus productos. En todo caso, sería de aplicación el art. 1332 del Código Civil, según el cual: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

j) Cláusula penal

Considerando las dificultades de aplicación de criterios para la determinación de daños y perjuicios, la cláusula penal puede servir para remediar esta situación, desde que se pacta el pago de una suma de dinero previamente determinada a cuenta de la determinación de los daños y perjuicios ocasionados.

9. ESPONSORIZACIÓN DEPORTIVA

A la esponsorización deportiva la Comisión Howell la define como: «el apoyo a un deporte, acontecimiento deportivo, organización deportiva o deportista, por parte de un organismo o persona externa al deporte para beneficio mutuo de ambas partes.»

Debido a que la actividad deportiva en el mundo actual, cuenta con patrocinios empresariales, entre ellos el patrocinio de transmisión de espectáculos por televisión, la imagen de los deportistas destacados da lugar a que pueda utilizarse como explotación comercial.

En el caso del deporte, determinadas actividades alcanzan una gran aceptación constituyéndose en un espectáculo de masas, gozando los clubes de una importante popularidad, así como sus integrantes individuales de destacada actuación, situación que igualmente se presenta con aquellos que practican deportes individuales como el boxeo, el tenis, el automovilismo, etc, constituyéndose en verdaderos personajes, circunstancias que determinan que los aspectos relacionados con la esponsorización alcance una mayor resonancia que de tratarse de otras actividades.

En la esponsorización deportiva se presentan casos en que se involucra a varias partes, como puede ser un grupo de auspiciantes y clubs, además de la federación o asociación deportiva; asimismo, el esponsor puede obtener un doble beneficio publicitario, así, en el caso que el equipamiento a proporcionar sea de fabricación de la empresa del esponsor, se promocionará el producto y la empresa.

La naturaleza de la esponsorización deportiva da lugar a aspectos particulares entre los que se encuentran: la capacidad para contratar en relación con la edad, los riesgos del contrato, la utilización de la imagen, la objeción de conciencia publicitaria y el derecho a la personalidad.

En el contrato de esponsorización deportiva adquiere una importancia particular el seguro, teniendo presente que este contrato se celebra considerando la figura del deportista, requiriendo por parte del esponsor un aporte importante de dinero y/o bienes, pudiendo presentarse circunstancias que no dependen de las partes, como puede ser la lesión del deportista, la anulación de la competencia, la pérdida de la embarcación, etc., lo que da lugar a que se frustre el contrato, sin que se haya podido cumplir con el objetivo publicitario.

Por otra parte, cuando se trata de deportistas y en particular de deportes individuales, se requiere de profesionales que conozcan los aspectos financieros comerciales y jurídicos de los negocios publicitarios, lo que ha dado lugar a la aparición de las agencias de esponsorización.

Se considera en este caso que la entidad patrocinada no se obliga a colaborar en la publicidad de la agencia, sino a la cesión de espacios o unidades de tiempo para la explotación publicitaria.

En lo que concierne a la capacidad para contratar, en muchos casos los deportistas, no habiendo alcanzado la mayoría de edad, ya son figuras destacadas, por lo que a menos que alcancen la edad para emanciparse y poder celebrar ellos mismo el contrato, requerirán la intervención de representantes legales, aspecto que se menciona en el acápite 5 c).

a) Esponsorización y derecho a la propia imagen

En lo que se refiere a la utilización de la imagen de los deportistas, se entiende que esta corresponde a su imagen comercial, es decir, la relacionada con su actividad profesional.

Dentro de la legislación comparada el artículo 18.1 de la Constitución española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

Por su parte, la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, en su artículo 7.6, considera introducción ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de materia análoga».

La Sentencia del Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, de 03 de octubre de 1996, recuerda que el desarrollo del concepto de imagen es una construcción jurisprudencial. Se define a la imagen como la figura, representación semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella, a efectos de protección civil por la L.O. de 05 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto y en cuanto se trata de un derecho de la personalidad.

La utilización de la imagen del deportista requiere el consentimiento expreso de este; aspecto diferente es la reproducción de su imagen con fines informativos, no requiriendo en este caso el consentimiento expreso de este, y no dando ligar a compensación económica.

Definida la necesidad de consentimiento expreso, el siguiente paso es la celebración de un convenio donde se establezca los beneficios económicos que le representará al deportista la explotación de su imagen.

Por otra parte, se plantea hasta que punto los terceros pueden lucrar con su imagen sin el consentimiento y conformidad del deportista teniendo presente que jurídicamente la imagen de la persona se integra dentro de sus bienes o derechos.

Para algunos, siendo los clubes profesionales propietarios del espectáculo, tiene derecho a la utilización de la imagen del deportista a efectos de obtener ingresos a través de la publicidad, teniendo los jugadores el derecho de explotar su imagen personal, excepto en los encuentros, entrenamientos o actos públicos del club, salvo que se haya pactado en forma diferente.

En principio, señala Landaberea,[37] en la medida que los contratos de esponsorización requieren la utilización de la imagen de los deportistas, se requiere de su consentimiento. Precisamente, el derecho a la imagen se contempla como aquél que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción, distribución o apropiación comercial de la imagen de la persona. En este sentido, es conveniente considerar las implicancias que puede tener para un club celebrar un contrato de esponsorización con publicidad en la camiseta del club sin

[37] José Antonio LANDABEREA UNZUETA, *op. cit.*, p.72

consentimiento y autorización del deportista, situación que se agrava si dicha publicidad atenta contra de las creencias religiosas o de otra índole del deportista.

En consecuencia, a efectos de evitar implicancias durante la ejecución del contrato, estos aspectos deberán estar debidamente establecidos en los contratos a celebrarse entre el club y el deportista, como es la utilización de la vestimenta para fines comerciales, apariciones, utilización de logos, etc.

Situación especial se presenta en la apropiación comercial de la imagen de los deportistas por parte de terceros, como aquellas empresas que comercializan en cromos los nombres e imágenes de los deportistas.

Si bien hoy día no existe ninguna duda en integrar la imagen de la persona dentro de los bienes o derechos de la personalidad, este asunto fue materia de fallos de tribunales de diversos países de Europa en la década de los años setenta del siglo pasado. En España se planteó la legitimidad de que terceros pudieran lucrase con la explotación publicitaria de la imagen de unos deportistas sin su consentimiento y conformidad, cuando los tribunales de Barcelona fallaron a favor de la Asociación de Futbolistas Españoles (A.F.E.) contra una empresa que comercializaba en cromos los nombres e imágenes de los futbolistas. Posteriormente la Constitución española, en su artículo 18, reconoce que la imagen es un derecho de la personalidad, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del honor, intimidad personal y familiar y de la propia imagen, va a considerar intromisión ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

En la obra de Fernando Igartua Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*,[38] ilustra múltiples ejemplos de apropiación comercial de la imagen de deportistas. Por ejemplo, se cita la sentencia (1979 GRUR 425) de un tribunal alemán en la que se niega indemnización al futbolista Frank Beckenbauer por el uso de su fotografía en la portada de un calendario de contenido futbolístico, por entenderse que prevalecía el propósito de diseminar información. Dicha sentencia tiene otro antecedente en la resolución de un tribunal (Tull-Hardcr-1929) donde se decidió que era lícita, en contra del criterio jurisprudencial español, la utilización de la imagen de un conocido futbolista en una colección de cromos,

En Francia la jurisprudencia entiende que la publicación de fotografías de un futbolista, sin ningún artículo de fondo, en una revista mensual, tiene como objetivo la explotación financiera del deportista (Tribunal de Gran Instancia de París, 30 de abril de 1986, Asunto Platini). En idéntico sentido, el asunto Fignon fallado por el Tribunal de Gran Instancia de París el 4 de abril de 1970.

---

[38] Fernando IGARTUA ARREGUI, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, citado por *id.*, p.72.

Cuando hay la referencia a la explotación comercial de la imagen esta comprende el nombre y apelativo, la voz, y la figura.

El deportista, señala[39] Ricardo Frega, puede explotar comercialmente su derecho de imagen bajo distintas formas:

a) La explotación la efectúa en su propio nombre (por no haberlas cedido a terceros).

b) La explotación la realiza a través de una sociedad interpuesta; en esta forma el deportista cede el derecho de explotación de su imagen a una tercera empresa, la que a su vez cede esta explotación al propio club o entidad deportiva contratante del deportista profesional.

Landaberea Unzueta[40] expresa que no deben de confundirse los contratos de esponzorización deportiva sujetos al artículo 24 de la Ley 34/1988 (Ley General de Publicidad de España), suscrito entre las empresas comerciales y los clubes, y los contratos celebrados, no siempre laborales, entre estas entidades deportivas y sus deportistas, conviniendo la compensación económica por la utilización de las imagen de éstos para posibilitar la suscripción por dichos clubes de los pertinentes contratos de esponsorización.

b) Objeción de conciencia

Se considera la objeción de conciencia el rechazo a una ley o disposición que atenta contra lo que consideramos nuestros principios fundamentales.

En este sentido, existe la posibilidad que el deportista se niegue a prestar su imagen para la difusión publicitaria de entidades carente de buena fama o de ciertos productos como el tabaco o las bebidas alcohólicas, basándose en una objeción de conciencia.

En consecuencia, se plantea si es posible una objeción de conciencia por parte del deportista y si este puede negarse a anunciar publicitariamente a una determinada firma comercial por razones de conciencia.

Desde un punto de vista de protección a los derechos de la personalidad se puede convenir con el rechazo por parte del deportista de anunciar por razones de conciencia. Aquí habrá que distinguir si se trata de obligársele sin haber prestado su consentimiento, o que contractualmente haya cedido los derechos de imagen, y se niegue a lucir una determinada publicidad.

El primer caso es claro, no podrá haber imposición; en el segundo, si ha prestado su consentimiento habrá que determinar los alcances de dicho consentimiento,

---

[39] Ricardo FREGA NAVIA, *Contrato de trabajo deportivo*, Editorial Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1999, p. 128.

[40] José Antonio LANDABEREA UNZUETA, *op. cit.*, p. 155.

aunque quien ha convenido contractualmente a que se utilice su imagen es poco lo que tiene que argüir.

10. PROTECCIÓN AL DERECHO DE LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN DEL DEPORTISTA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La actual Constitución Política de 1993, así como el Código Civil, reconocen el derecho a la imagen de la persona.

El artículo 2 inc. 7 de la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a la voz y a la imagen propia. Por su parte el Código Civil, en su artículo 15, expresa que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella. Lo que significa que no puede existir presunción de autorización de utilización de la imagen. Aspecto que está determinado en el artículo 141 del Código Civil,[41] que dispone, en su segundo párrafo, que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa, como sería el presente caso.[42]

A efecto que lo dispuesto sea respetado, el Código Procesal Civil considera como una medida cautelar específica la medida innovativa, la que puede ser dictada para la preservación y el debido aprovechamiento de la imagen o voz de una persona.[43]

En lo que se refiere a la legislación en materia de deporte, la Ley Nº 26566 regula el régimen laboral para los jugadores de fútbol, estableciendo las normas

---

[41] El mencionado artículo fue modificado por la Ley 27291 de 24 de junio del 2000. Texto según modificatoria.

[42] Se puede mencionar la siguiente jurisprudencia en lo que respecta a la manifestación expresa: «[El artículo 141 del Código Civil] señala, en forma inequívoca, que no puede considerarse que existe manifestación tácita [de autorización para utilizar la imagen y voz de una persona] cuando la ley exige la declaración expresa, no siendo [...] de aplicación tampoco las excepciones contenidas en el segundo párrafo del [...] artículo 15 [del Código Civil], en razón a que las publicaciones en referencia no constituyen hechos de importancia pública o general puesto que se han realizado con fines publicitarios y lucrativos.» Casación. Nº 2162.97, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Lima, 18 de junio de 1998 (Diario *El Peruano*, 19 de septiembre de 1998, pp. 1607-1608).

[43] Artículo 682 del Código Procesal Civil: Medida innovativa.- «Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley».

Artículo 686 Código Procesal Civil: Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.- «Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.»

que rigen el contrato a celebrarse por las partes, como el pacto sobre remuneraciones, premios por partido, seguro y demás conceptos retributivos, así como las causas de resolución del contrato acordes con la naturaleza del servicio.

Como se observa, se menciona «demás conceptos retributivos», acepción bastante amplia, que no limita a lo que vendría a ser el objeto principal del contrato, como es las remuneraciones y premios por partido.

Por otra parte, el artículo 7, inc. b), concordante con lo expuesto, considera que el deportista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y, especialmente, a: «Explotación comercial de su imagen y/o participar en la que el club haga de la mismas».

En este sentido se reconoce el derecho que el deportista explote su imagen, lo que significa la posibilidad que lo haga en forma personal, o que convenga que sea el club quien explote la imagen teniendo derecho a participar en los beneficios que por este concepto el club pueda obtener.

En lo que se refiere a la explotación en forma personal de la imagen, hay ciertos límites como que la publicidad que promueva no podrá ir contra los intereses del club que lo ha contratado o en deterioro de su imagen. En principio no se requiere ninguna autorización del club para que el deportista explote su imagen.

Tratándose de que el club sea quien explote su imagen, deberá ser materia de precisión los beneficios que le corresponderían al deportista, de otra manera el club se expondría a las reclamaciones que el deportista le pueda formular.

Capítulo XXI
CONTRATO ESTIMATORIO

1. Antecedentes. 2. Función económica. 3. Concepto. 4. Partes contractuales. 5. Objeto del contrato. 6. Naturaleza jurídica. 7. Características. 8. Consignación y representación. 9. Los riesgos y la disposición sobre las cosas. 10. Obligaciones de las partes.

1. ANTECEDENTES

El contrato estimatorio, también llamado *consignación,* aparece en el mundo mercantil con el fin de llenar varias necesidades de las personas dedicadas al comercio.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA

Para el comerciante consignatario que carece de capacidad financiera, le permite poder negociar en su almacén la mercancía sin tener que haber pagado por ella previamente. No tiene que asumir los riesgos financieros que implica una compra en firme a sus proveedores, pues es el proveedor quien permanece con dichos riesgos. Generalmente es un contrato que se utiliza para los comerciantes al detalle, a quien le afectaría sobremanera tener que correr con el riesgo de la obsolescencia de las mercancías. El detallista no tiene que pagar un precio previamente, no es deudor, porque él no ha comprado la mercancía; si logra venderla en su establecimiento, deberá al consignante el precio acordado para la misma y podrá hacer suyo el mayor valor logrado en la venta.

Para el consignante le reporta beneficios. Es un mecanismo para ingresar al mercado con productos nuevos o desconocidos. La consignación es atractiva para

el comerciante al detalle porque no tiene que realizar desembolso de dinero, y por ello tiene una frecuente utilización para la promoción y acreditación de productos. Le ahorra al mayorista espacios al tener la mercancía colocada en diferentes almacenes. Como se encuentra siempre en propiedad de las mercancías, no se encuentra en la necesidad de exigir garantías para el pago del eventual precio de las mismas. En el evento de una quiebra estas mercancías no entrarían a formar parte de los bienes de la quiebra del consignatario.

La doctrina coincide en señalar como función económica la de servir de instrumento para la financiación de las mercancías al por menor o al detalle. Es un contrato que sirve al comercio al menudeo.

3. CONCEPTO

Es un contrato por el cual una persona, denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancías de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste.

El consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancías y deberá pagar al consignante el precio de las que han vendido o no se le han devuelto al vencimiento del plazo convenido, o en su defecto, del que resultare de la costumbre.

Garrigues conceptúa este contrato como el contrato por el cual la persona que recibe una cosa mueble, con su estimación, contrae la obligación de adquirirla (venderla) dentro de un plazo determinado, con el derecho a retener la parte del precio que exceda de la estimación cuando la haya percibido, y la obligación de devolverla, en caso contrario.

La denominación del contrato como *estimatorio* obedece a que, efectivamente, las partes señalan o estiman el valor que sirve de referencia para poder saber qué debe entregar al consignatario en caso de venderlas y cuál es el mayor valor que puede apropiarse.

4. PARTES CONTRACTUALES

Las partes intervinientes son el consignante y el consignatario. El *consignante* que es la persona dueña de las mercancías y que las entrega al comerciante que procurará su venta. El consignatario es la persona que se encargará de procurar la venta de las mercancías en un tiempo determinado.

5. OBJETO DEL CONTRATO

Las cosas que se entrega en consignación *tienen que ser cosas muebles*. Así lo indica la naturaleza y función económica del contrato y el término de «mercancías». Por mercancías debe entenderse cualquier cosa mueble que se hace objeto

de trato o venta. En este tema es enfático el Código Civil italiano, en su art. 1556, cuando señala que «por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido».

Muñoz Planas afirma que la funcionalidad del contrato impide que sea instrumento para la venta de inmuebles.

En la definición del contrato hecho por Uría se señala que el contrato radica sobre cosas muebles.

6. NATURALEZA JURÍDICA

Su naturaleza jurídica la encuentran algunos autores en el mandato, en la compraventa, en el depósito, en la fiducia y en la sociedad.

Para Garrigues la *consignación* es un contrato atípico y es una especie de compraventa. Y señala que ello es así desde que el *accipiens* puede apropiarse de la mercancía pagando el precio, esto significa que la finalidad del contrato es el transferir la propiedad, y por tanto, se está en presencia de una compraventa.

Para los autores que califican la consignación como una especie de la compraventa, ésta sería una venta a condición suspensiva y eventualmente ligada a término.

Otros autores señalan más bien que se trata de una oferta de venta y otros que se trata de un contrato preparatorio.

Se señala también que se trata de una venta bajo condición resolutoria, y se dice que la venta ya es perfecta, pues hay una prestación cumplida que es la de entregar la cosa, quedando pendiente el pago del precio. Ello no es del todo cierto, pues la entrega que se hace en la consignación es a título de mera tenencia, no es una tradición que haga dueño al consignatario, ni tampoco es el propósito buscarlo por las partes con el contrato.

En Colombia el criterio que ubica al contrato estimatorio no es el de una especie de la compraventa, ya sea sometida a condición suspensiva o resolutoria, pues definitivamente la legislación no reguló la figura como especie de la venta ni de ningún otro contrato.

Autores como Muñoz Planas y Sánchez Calero se inclinan por considerar la consignación, no regulada por la legislación española como una especie de la *comisión de venta*, encasillando la figura bajo las especies de mandato. El consignatario no sería más que un mandatario, con encargo de procurar la venta y con un deber previo de custodia. Tampoco se adecua la teoría a los propósitos prácticos que se pretenden con la comisión. El consignatario no es un comisionista profesional, ni se dedica a servir de eslabón para la conclusión de ventas, es simplemente un comerciante, con deficiencias de capital, para el cual la práctica económica ha creado

una figura que satisface sus necesidades de financiación y además equilibra el afán y deseo del proveedor que es ante todo, el de colocar sus productos. Además, el consignatario puede obrar a su arbitrio y se le permite la autoentrada, lo que no es propio en el mandato.

Uría ubica el negocio estimatorio como una especie de depósito, criterio que tampoco nos parece de recibo. La finalidad que pretende el contrato de depósito es la de custodiar y no la de procurar la circulación de los bienes.

También se pretende ubicar la consignación como un contrato de fidusia en la cual el consignatario será el fiduciario, el consignante el fideicomitente y será a la vez el fideicomisario. Esto tampoco se ajusta a las figuras jurídicas, en tanto el consignatario no tiene como actividad profesional realizar este tipo de gestiones de confianza. Es simplemente un comerciante necesitado de productos para vender en su establecimiento y carente de recursos para adquirirlos, o que no quiere tomar sobre sí los riesgos de no vender las cosas.

El contrato de consignación es una figura típica con identidad propia y tiene una naturaleza jurídica autónoma.

7. CARACTERÍSTICAS

Es un contrato consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo.

Algunos autores opinan que se trata de un contrato real, y para su perfeccionamiento se requiere la entrega de la mercadería. Tal carácter tiene asidero para los comentaristas del código italiano, pues el art. 1556 advierte que por este contrato una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra.

En Colombia, en el art. 1377 del Código de Comercio, no se exigió la entrega para la formación del contrato, por lo que acudiendo a la libertad de formas se llega a la conclusión que en dicha legislación se ha concebido como un contrato consensual.

8. CONSIGNACIÓN Y REPRESENTACIÓN

El consignatario puede estar apoderado para que, al momento de vender los bienes objeto del encargo al tercero, actúe en nombre y representación del consignante y, de tal manera, con la subsiguiente entrega haga tradición eficaz al adquirente.

Cuando la consignación va acompañada del apoderamiento no se presenta ninguna dificultad para explicar la transmisión de la propiedad al tercero adquirente.

Pero se tiene que la representación no es esencial a la consignación; perfectamente puede presentarse un encargo consignatorio, sin que el consignatario tenga facultad para representar a su consignante. En este evento nos surge la inquietud de la manera cómo operaría la transmisión del dominio para ese tercero

adquirente de los bienes consignados. El título de venta sería válido, pues es válida la venta de cosa ajena, pero la tradición la estaría efectuando alguien que no es dueño ni tiene facultad para representar al dueño, lo que a primera vista nos hace pensar que se viciaría la cadena de dominio.

La respuesta es que la consignación como título es lo suficientemente idónea para que opere dicha tradición; es una forma de convalidar la transmisión del dominio en virtud de la naturaleza misma de la comisión. Tiene que aceptarse que el consignatario hace dueño al tercero al cual le entrega las mercancías, no obstante él no lo sea. Es una consecuencia del Derecho Comercial moderno, institucionalista, donde se tiene en cuenta la función que presta la institución jurídica en el tráfico económico.

9. LOS RIESGOS Y LA DISPOSICIÓN SOBRE LAS COSAS

Según la legislación colombiana, los riesgos de la cosa los soporta el *tradens* (consignante) cuando hay una pérdida o deterioro por causas de su naturaleza, de vicio propio o de fuerza mayor. Por su parte, el *accipiens* (consignatario) que recibe la cosa responde en su deber de custodia hasta la culpa leve.

10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

a) Obligaciones del consignante:

1) *La entrega.* En Colombia el contrato *estimatorio* no es un contrato real, sino consensual. Apenas celebrado, el *tradens* se obliga a entregar al *accipiens* las mercancías objeto del contrato.

Estas mercancías, como elemento material del contrato, debieron determinarse al momento de su celebración y su entrega se precisa para que el consignatario pueda cumplir con la función que le corresponde, es decir, procurando su venta a terceros y además para que pueda hacer la entrega de ella a los posibles adquirentes.

La entrega de las mercancías no necesariamente tiene que hacerse de manera real en los almacenes del consignatario, basta que sea virtual. Incluso se pueden cumplir entregando un título valor representativo de mercaderías; o si éstas se encuentran en almacenes o depósitos, entregando al consignatario la facultad de disposición.

2) *El pago de la comisión acordada.* Lo normal es que el *accipiens* se haga dueño del mayor valor por la venta de las mercancías, teniendo como base el que las partes estimaron como tal al momento de celebrarse el contrato. Esto implica un derecho para el consignatario, que es poder fijar un precio para la venta de las mercaderías superior al estimado con su *tradens*. Pero puede suceder que tal facultad no se le haya concedido, en cuyo caso tiene derecho a la comisión estipulada.

b) Obligaciones del consignatario:

1) *La obligación de conservar la mercadería.* El consignatario debe las cosas o su precio; los riesgos de la pérdida sobre aquéllas se radicarán en cabeza del consignante. Por ello, el deber de custodia del *accipiens* se le impone y responde como en todos los contratos que reportan utilidad para ambos contratantes hasta la culpa leve.

En la ley colombiana puede existir disposición distinta, es decir, que podría pactarse que el mismo consignatario responda también de la culpa levísima o que incluso responda por los riesgos de fuerza mayor o caso fortuito. Es posible que se libere de culpa, pero en lo que se refiere a culpa grave o al dolo, no podrá liberarse.

2) La obligación de vender las mercancías. Es la obligación típica que contrae el consignatario; en su contenido es una obligación de medio, consistente en desplegar toda la actividad y diligencia orientadas a que se logre concretar un negocio de compraventa sobre esas mercancías.

3) Obligación de pagar el precio. Si el consignatario logra vender las mercancías, deberá entregar al consignante el precio estimado para ellas al momento de la celebración del contrato. En caso de que no logre venderlas en el plazo acordado deberá devolverlas al *tradens*.

Capítulo XXII
CONTRATO DE FACTORING

1. Introducción. 2. Antecedentes del contrato de *factoring*. 3. Concepto. 4. Función económica. 5. Naturaleza jurídica: 5.1. Teoría de la apertura de crédito, 5.2. Teoría del descuento, 5.3. Teoría de la compraventa y de la cesión de créditos. 6. Definición del contrato de *factoring*. 7. Características. 8. Elementos del contrato: 8.1. Elementos personales: a) La empresa de *factoring*, b) El cliente, c) El deudor cedido, 8.2. Elementos materiales, 8.2.1. Los instrumentos: a) La factura conformada, b) Letra de cambio y pagaré, c) La factura comercial. 9. Modalidades del contrato de *factoring*: a) Por su evolución histórica, b) Por su contenido, c) Por su forma de ejecución, d) Por la asunción del riesgo, e) Por la jurisdicción, f) Otras modalidades. 10. Obligaciones de las partes en el contrato: 10.1. Del cliente: a) Universalidad, b) Garantizar la existencia, exigibilidad y vigencia de los instrumentos al tiempo de celebrarse el *factoring*, c) Notificar la realización del *factoring* a sus deudores, d) Recibir los pagos que efectúen los deudores y transferirlos, e) Informar al factor, f) Retribuir al factor, 10.2. De la empresa de *factoring*: a) Cobrar los créditos, b) financiación, c) Calificación del deudor del cliente, Asumir el riesgo crediticio de los deudores. 11. Ventajas para las partes: 11.1. Para el cliente: a) Crediticias, b) Liquidez, c) Administrativas, d) Otros servicios, 11.2. Para la Empresa de *factoring*. 12. Extinción del contrato.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo sostenido de los agentes de producción obliga a encontrar nuevas herramientas que permitan financiar sus actividades y en especial la fase de venta de sus productos, requisito indispensable para continuar con la fase de producción. Ese devenir incesante ha hecho que la riquísima imaginación de los comerciantes y de los hombres de empresa se esmere en encontrar fórmulas que

satisfagan a ellos mismos, a sus clientes y a los agentes de intermediación, quienes constituyen los depositarios de la confianza de fondos del público.

Dentro de este contexto el Sistema financiero no está constituido únicamente por los bancos y financieras, sino también por los agentes de intermediación constituidos de acuerdo a las disposiciones de cada país. Cada agente financiero constantemente está procurando insertar en el mercado un nuevo producto que haga atractiva la concertación de una operación con su cliente, no solo en forma activa, sino también pasiva. Esta constante actividad hace que determinados instrumentos no sean suficientemente aptos para mantenerse en el mercado, y requieren en todo caso cierta variación y compromiso por parte de quienes asumen las obligaciones contenidas en cada uno de los documentos, o en forma globalizada.

Precisamente el Derecho Mercantil, por su variada extensión, hace que el comerciante, empresario o financista no se quede en el tiempo y recurra a nuevas fórmulas que obviamente no se encuentran reguladas en los dispositivos legales. Es así como ingresa a este terreno el contrato de *factoring*, regulado en algunos países y en otros sujetos a la libertad de contratación, hasta que encuentren la mejor manera de definirlos o fijarlos en el contexto de cada país.

El contrato de *factoring* nace pues, como una necesidad de la comunidad internacional porque precisamente el intercambio internacional hace que existan agentes en la plaza de colocación que respondan por la bondad de la cobranza, aspecto que nos hace regresar a los orígenes de esta figura jurídica, cuando el *colonial factor* asentado en el Nuevo Continente colocaba los productos del exportador, con la confianza de que iban a ser pagados. Este criterio hoy nos hacer revisar cifras a nivel global donde se refleja un índice creciente de operaciones de *factoring*.

Sin duda que el producto de las operaciones de *factoring* constituye una colocación o crédito respaldado con la solvencia de las instituciones bancarias y financieras, y con las de aquellas empresas pertenecientes al sistema financiero que se encuentran reguladas por la entidad supervisora, en el caso del Perú por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Se complementa la figura del contrato de *factoring* con aquellos beneficios que otorgan las disposiciones legales que buscan evitar la desestabilización del sistema, y brinda a los agentes de intermediación los medios que garantizan su función y el respaldo o pago de los instrumentos de negociación. Los documentos responden a sus características, y en unos casos tenemos la solidaridad para el pago del título, en otros se busca proteger no solo al título, sino al agente que negocia el título, es así como, ante situaciones coyunturales, y para no perjudicar los depósitos de los clientes en instituciones bancarias y financieras, la Legislación peruana protege el ahorro del público amparado en una norma de la Constitución Política del Estado. Así, el artículo 87 de la Constitución Política del Perú establece que: «El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así

como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley».

Bajo esta premisa se han otorgado determinados dispositivos de protección a los créditos otorgados por los bancos, entre otros, la obligatoriedad de las empresas que se constituyan para realizar operaciones de *factoring*, de contar con un monto mínimo de capital social, que se mantendrá a valores reales constantes; la preferencia para la ejecución de los *warrants* que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero, con exclusión de cualquier acreedor sea concursado o no, es decir, se encuentre o no dentro de un proceso concursal contemplado en la ley; el artículo 245.2 de la Ley de Títulos Valores (Ley 27287) extiende este beneficio al título de crédito hipotecario negociable; los valores, recursos y demás bienes que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero cubren preferentemente a éstas. Las medidas cautelares que se dispongan respecto de tales bienes, valores o recursos, sólo surten efecto luego que la empresa disponga sobre ellas los cargos que correspondan por las deudas vencidas de su titular a la fecha de notificación de dicha medida, y siempre que dichos bienes, valores o recursos no se encuentren sujetos a gravamen alguno en favor de la empresa del sistema financiero. Igual norma es aplicable tratándose de valores, recursos o demás bienes dados en garantía para afianzar obligaciones de terceros; los bienes afectos a prendas globales y flotantes vinculadas con contratos de seguro de crédito o con facturas conformadas, u otros contratos de crédito, sólo pueden ser ejecutados por el titular de dicho derecho, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, ya se encuentre este último, concursado o no.

Apreciamos, pues, cómo una gama de productos enriquece la negociación de documentos y cómo se busca otorgar protección jurídica para su preferencia en el pago, en la medida que se realice dicha operación a través de agentes financieros reconocidos y autorizados por la autoridad.

Resulta de suma importancia entonces evaluar no sólo al agente de intermediación o del sistema financiero, al cliente o empresa que alcanza los títulos de negociación, al deudor obligado por el título, sino también al título, como elemento de negociación. Se hace presente entonces la calidad del título, aquellos títulos que nos den mayor seguridad de tráfico y de pago serán mejor recibidos en el contexto de la negociación. Dentro de esta gama de elementos se ha desarrollado la factura conformada, o los títulos de crédito hipotecario negociable

2. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE *FACTORING*

Como manifiesta Cogorno, la «figura del *factoring* es la conjunción de dos actividades mercantiles de vieja data; una la que utilizaban las casas especializadas en el comercio de ultramar de fines del *medioevo* y comienzos del renacimiento,

ubicadas en los puertos más importantes de la época; y la otra, la que ejercían las primeras instituciones bancarias como el Banco San Giorgio de Génova, la Liga Hanseática de Bremen y Hamburgo y los banqueros florentinos. Pero si bien a través de instituciones similares podríamos retroceder muchos años en el derecho buscando las fuentes de esta figura jurídica, es ilógico que las rastreáramos en el Derecho Romano, pues las características propias del *factoring* como contrato son exclusivas de una época mercantil y dinámica como la de la Gran Bretaña. Entre un determinado instituto practicado ayer, y otro llevado a cabo hoy, puede haber similares detalles pero nunca existirá una identidad completa. Es muy difícil desbrozar el hilo que nos permita conocer la historia de determinada figura jurídica.[1]

Existen autores que se remontan a la cultura neobabilónica de los caldeos para hallar el antecedente del *factoring*, diciendo que su nacimiento está ligado a la actividad desarrollada por el Shamgallu, agente comercial operante en Caldea hace 4.000 años, que revestía la forma de un comisionista, es decir, una persona que por el pago de una comisión garantizaba a su comitente el pago de los créditos.[2] Rolin, por su parte, cree encontrar un embrión de la fórmula del *factoring* en las costumbres comerciales de los fenicios.[3]

Desde otra perspectiva, algunos autores establecen el origen del *factoring* en el Medioevo, particularmente en el tiempo de los romanos[4]. En esta línea, De Tena sostiene que la figura jurídica del *factoring* no es una creación del Derecho Moderno, ya que fue conocida por los romanos, correspondiendo en sus rasgos más sustanciales a la del *institor*.[5] Comentando esta opinión, Roca Guillamón escribe que el *institor* romano no guarda con el *factoring* otra relación que la que pudiera hallarse en ese origen común de la palabra «factor», la cual viene a expresar la idea de persona que realiza una actividad por otra, dentro de un ámbito más o menos mercantilista, o, si se prefiere, la idea de realización frente a terceros, por

---

[1] Eduardo GUILLERMO COGORNO, *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales*, Ed. Meru, Buenos Aires, 1979, p. 131.

[2] SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, «El factoring», en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Madrid, Nº 106-7/73, p. 1095.

[3] José LEYVA SAAVESDRA, «El contrato de factoring», en *Revista de los Negocios*, Nº 110, Madrid, 1999.

[4] LABIANCA, «Factoring», en *Rivista el Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Padova, Nº 3/4-5/6, p. 138.

[5] Derecho Mercantil mexicano, 1970, T.I, p. 367. El Código Civil italiano, en su artículo 2203, establece que «es institor (factor) aquel que es nombrado por el titular para el ejercicio de una empresa comercial». La doctrina, tomando como referencia la contenida en el citado código, define al institor como aquella persona propuesta para el ejercicio de la empresa o de una sede secundaria o de un ramo particular de la empresa. Cfr FERRI, *Manualle di Diritto Commerciale*, Torino, 1983, p. 124; DE SEMO, *Instituzioni di Diritto Privado*, UTET, Firenze, 1975, p. 654.

una persona física o jurídica, de una función que normalmente le correspondería a otra, en virtud de una relación de carácter interno que les une y para la que es determinante que le sea conferida la representación para que esa actividad concreta pueda llevarse a cabo.[6]

Para completar el abanico de teorías acerca del origen del *factoring* debemos hacer mención a la que afirma que el antecedente más remoto de esta moderna institución contractual es la actividad de los *commanditari* italianos, que operaban como financiadores y aseguradores de las operaciones comerciales realizadas por los viajeros, tomando parte en las ganancias y en las pérdidas.[7]

En las codificaciones comerciales del siglo XIX, algunas de las que se encuentran vigentes hasta la fecha, es común encontrar la denominación de 'factor» como sinónimo de mandatario o apoderado general en las actividades comerciales, pudiendo asimilarlo por nuestra parte al actual gerente de las empresas. Esta terminología se sigue usando en nuestros días, tal es el caso del art. 271 de Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702), para referirse al factor fiduciario en el sentido de administrador de un fondo en fideicomiso.

El Código de Comercio del Perú, actualmente en pleno proceso de ser reformado, cuya data es de inicio del siglo XX, en sus artículos 275 a 296, contiene disposiciones precisas sobre el «factor de comercio» distinguiéndolo del «mancebo', a quienes genéricamente los llama «dependientes».

El artículo 276 señala que «El factor deberá tener la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este Código y poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico.»; el artículo 277, que «El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial, por cuenta ajena autorizado para administrar dirigir o contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones...»; y, el artículo 273 que dispone que «Los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen».

Con respecto a lo que es objeto de nuestro estudio, entendemos que su antecedente más lejano lo podemos ubicar en el siglo XVIII con la actividad desarrollada por los «selling agent» de las empresas textiles inglesas, en especial los de la empresa Blackwell Ball de Londres, en las colonias americanas.

---

[6] Roca GUILLAMÓN, *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho Privado español*, Madrid, 1977, p. 20 y ss.

[7] Cfr BESCÓN TORRES, *Factoring y granchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Madrid 1990, p. 17 y ss.

Las compañías inglesas, necesitadas de conquistar los nuevos mercados que le ofrecían las colonias de la corona, adelantaron en los principales puertos un tipo de personal al que se le denominó «factor», quienes se encargaban de la colocación de sus productos. Con la frecuencia del trato y el mayor conocimiento de la plaza, el «factor» fue concediendo créditos a las personas que adquirían los bienes enviados de la Metrópoli, adonde giraban el total del precio, lucrando para su propio beneficio con la financiación que ellos soportaban al otorgar el crédito para la compra.

Mediante este sistema el exportador obtenía beneficios, pues podía colocar sus productos y percibir el precio total sin necesidad de tener que esperar el vencimiento de los plazos, ni otorgar créditos a personas cuya solvencia ignoraba, y, por otro lado, el agente de ventas obtenía sus frutos, pues lograba un beneficio suficiente por el adelanto que facilitaba. Después de la independencia de los Estados Unidos de América, y cuando la industria de ese país salió a competir con las potencias de la época, encontró en los viejos «factors» una figura de gran valor, pues estos le permitieron conseguir financiación para las exportaciones.

Con el desarrollo de la actividad mercantil también se amplió la actividad financiera, y fue necesario que los factors se unieran en sociedades para poder hacer frente al riesgo y de esta forma nacieron las primeras entidades de *factoring* que van logrando un auge sorprendente a partir de los años veinte, hasta nuestros días, donde existen grandes empresas destinadas a este tipo de financiación, como son: la Walter E. Heller and Co. International Factors. En la década del sesenta y paralelamente con el *leasing*, el *factoring* cruza el Atlántico y se instala en el Viejo Continente; así nacen las empresas como Sofinter S.A.. Societé Française de Factoring International, y la Factor France Heller, todas en Francia. En Italia la Heller Factor Italia S.P.A., la International Factors en Bélgica y en el Reino Unido la All Factors. Cabe destacar que estas sociedades financieras tienen como cuna la fusión de empresas norteamericanas dedicadas a este medio de crédito y grupos bancarios, financieros o de seguro europeos.

El profesor Max Arias-Schreiber[8] señala que: «El factoring está directamente relacionado con los servicios que un banco o una entidad financiera debidamente constituida pueda prestarle a sus clientes en función de los créditos, de los cuales éstos son titulares como resultado de su actividad mercantil. El origen de la expresión viene de los fenicios y de la colonización inglesa. *Factus* equivale a «el que hace algo. Factor, en inglés, significa «apoderado', pero factoring expresa el significado de «financista» que tuvo el *selling agent* en los Estados Unidos de América.»

Rafael Vásquez precisa que: «La aparición de la actividad profesionalizada que hoy podemos encuadrar dentro del contrato de factoring sucede, al igual que

[8] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 57

con otras, en el ámbito del derecho anglosajón, de donde, y a través de una generalización de valores implícitos en una determinada concepción de la cultura empresarial, ha llegado hasta nosotros; si bien, tras completar un proceso de adaptación a instituciones y modos con el suficiente asentamiento, para que se haya podido extraer el necesario partido de un modelo contractual, ya de por sí, más que acreditado en otras realidades jurídicas. La conducta del factor, como sujeto de la actividad de factoring, está asociada a una concreta concepción de la explotación de los mercadós que se iban abriendo en las nuevas colonias ultramarinas, concretamente y en este caso, en Norteamérica.»

Este autor nos va decantando la figura del factor para devenir en el mismo contrato de *factoring*. Así identifica al *colonial factor* como de una las posibles caracterizaciones del contrato de comisión de venta.

«Esta labor era desarrollada por el pionero o colono, por cuenta del comitente que se había quedado en la metrópolis, y cuya actividad consistía en la colocación de sus productos en los nuevos asentamientos que se iban realizando. El llamado *colonial factor* desempeñaba su tarea comercializadora respondiendo de la solvencia del deudor, a fin de cuentas el comitente-exportador radicado en Inglaterra difícilmente iba a conocer las características de los nuevos mercados sino a través de la solvencia que le mereciera su comisionista. Este conseguía clientes para los productos de aquel, pero respondiendo del riesgo derivado de la falta de pago de los compradores de productos. Todo ello a cambio de una remuneración cifrada en una comisión. No se diferenciaba, según esta práctica, de la conocida comisión de garantía.»

La importancia contractual la tenemos en el *conventional factoring*, que empieza a dar más importancia contractual a la actividad de gestión de cobro de las facturas que, eventualmente, emitiera el exportador asentado en la Metrópoli. Este original comisionista va decantando su labor en la gestión de cobro de facturas cuya titularidad ostenta, mediante la correspondiente cesión de los derechos inherentes a las mismas, la propiedad en unos casos, o bien en otros en mera comisión de cobranza. La figura se enriquece con nuevos encargos, el factor no se dedica sólo a buscar clientes para colocar los productos del exportador inglés, sino que su tarea recae en procurar la liquidez de las facturas, corriendo o no con los riesgos derivados del impago de éstas, según nos encontremos ante el *factoring propio o impropio.*

Por lo tanto, la comisión de garantía deja paso a la gestión de cobro como actividad principal del *factoring*.

Dentro de este devenir histórico el factor complementaba su interés anticipando a su exportador parte de las facturas que le había confiado, convirtiéndose de este modo en financiador, en más o menos, del comerciante metropolitano, con lo cual adquiere la fisonomía del *conventional factoring.*

El *New Style Factoring* constituye la última fase de la evolución de este contrato, al cual se incorpora no solo el contrato de colocación, riesgo y financiamiento, sino de otros servicios complementarios. Es este nuevo elemento el que nos acerca a la figura contractual del *factoring*, de no considerarlo así estaríamos ante cualquiera de las figuras tradicionales del Derecho Mercantil. Estos nuevos servicios los podemos centrar en la gestión contable en la actividad fundamental del factor, en el estudio de mercado en función de la actividad de su cliente, clasificación de los mismos, y en otros servicios más.

En este contexto, la legislación peruana ha regulado el contrato de *factoring* a través de una Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros (N 1021-98), y en su artículo 1, al definir el *factoring*, señala que: «... es la operación mediante la cual el factor adquiere, a título oneroso, de una persona natural o jurídica, denominada Cliente, instrumentos de contenido crediticio, prestando en algunos casos servicios adicionales a cambio de una retribución. El Factor asume por el riesgo crediticio de los deudores de los instrumentos adquiridos....»

3. CONCEPTO DEL CONTRATO DE FACTORING

La primera disyuntiva que se aproxima al tratar de concebir el contrato de *factoring* es si debemos primero demarcar la operación de *factoring* como un negocio autónomo o si propiamente uno involucra lo otro. En efecto, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley Nº 26702, arts. 200 y ss.) regula, entre otras, las operaciones de *factoring* que pueden realizar las entidades bajo su supervisión, precisando los límites de compromisos para evitar una concentración del crédito.

Es el *factoring* una operación que da lugar a un contrato, o estamos ante un contrato que da origen a una operación crediticia y financiera llamada *factoring*. Todo parece indicar que el inicio de estas operaciones confluyó en un acto de intermediación con encargo de cobranza, luego en un descuento, y finalmente, en una adquisición en firme sin acción de regreso y con financiamiento anticipado.

En otros términos nos encontramos ante una operación aislada de financiamiento de ventas, con garantía de cobranza y sin acción de regreso, y con entrega de fondos adelantados, la misma que termina en un solo momento, o estamos ante una serie de operaciones individuales que son independientes entre sí pero que tiene un eslabón que las une por el compromiso contractual de seguir operando bajo la misma modalidad por un plazo determinado siempre que se cumplan las condiciones contractuales. Es obvio, al igual que el contrato de suministro que identificamos, una serie de ventas independientes; todas están unidas por el compromiso de suministrar en un período determinado, pues bien, entiendo que este es el sentido del contrato de *factoring*, y no solamente la regulación de una operación independiente. Una operación independiente puede ser un simple descuento, un encargo de cobranza, o una cobranza garantía. El con-

trato de *factoring* engloba una serie de obligaciones que no necesariamente pueden tener el carácter financiero, como sería el caso del asesoramiento en la colocación del producto en mercados competitivos, en la identificación del cliente potencial, en el asesoramiento de la situación financiera de los clientes del factorado; a lo cual se le pueden agregar servicios contables, legales, etc. De estos servicios, hay que considerar aquellos que hacen que surja con nitidez la figura del contrato de *factoring*, y me refiero al servicio de riesgo por la colocación del producto, y a la asunción del riesgo por parte de la empresa de *factoring*. De no ser así, podemos nuevamente analizar la figura jurídica como una rama pero no como un árbol frondoso. No tendría sentido recomendar la colocación de productos en determinados clientes sin asumir el riesgo por su consejo. Aquellas cobranzas que no ingresen a este sistema serán simplemente cobranzas que no están enmarcadas en el contrato de *factoring*. Guardando las distancias, en la legislación peruana, al regularse el contrato de *leasing*, se dispuso que la obligación de saneamiento por los bienes adquiridos, que le correspondería a la empresa de *leasing*, se trasladara al usuario del bien, pues después de todo él es quien no sólo escoge el bien, sino al proveedor. Dentro de esta lógica, sería conveniente enfocar la figura del contrato de *factoring* para delimitarlo con las obligaciones que deben asumir las partes, y los beneficios que conlleva dicha figura contractual. Si estamos ante un contrato de *factoring* debemos tipificarlo en la medida que la empresa de *factoring* asuma el riesgo por la cartera que recomendó como propicia.

Rolando Castellares[9] nos dice «la mayor dificultad para definir este contrato radica en la inexistencia de un objeto único o definido de la relación contractual por lo que, para tener una clara idea acerca de su identidad, es necesario tomar como punto de referencia uno de los servicios del conjunto que incluye este contrato, lo que nos permitirá determinar los efectos legales que se originan como consecuencia de su suscripción. Celebrado el contrato de *factoring* entre las partes, que son: El factor de una parte y el cliente industrial o comerciante de otro lado, este último comunica a sus clientes este hecho, sometiéndose a partir de entonces todos sus pedidos de ventas a la previa aprobación del factor, a quien debe hacérsele entrega de la totalidad de las facturaciones (principio de la universalidad). A cambio, el industrial o comerciante recibirá, de parte del factor, el pago inmediato o dentro de los plazos convenidos en la respectiva factura –de haberse concedido facilidades para su pago– sin importar que el obligado a pagar tales facturas cumpla o no con su compromiso: pues el riesgo es asumido íntegramente por el factor.

---

[9] Rolando CASTELLARES, «Contrato de factoring», en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Lima, 1993, pp. 609 a 624.

Este esquema troncal del *factoring* puede ser enriquecido con la concurrencia de una gama de servicios adicionales y estipulaciones especiales en cada caso, que va desde los servicios de la emisión de facturas, de los títulos de crédito respectivos, el manejo de los registros contables de las operaciones, la investigación comercial del mercado, información estadística del comportamiento del mercado e índices de rentabilidad por productos, almacenamiento de mercaderías, la selección de clientes, información comercial, la cobranza judicial y extrajudicial de acreencias no transferidas al factor. Así como ser complementado con el financiamiento por parte del factor de los documentos por cobrar. De este modo, podemos afirmar válidamente que el contrato de *factoring* combina la asistencia crediticia, con la administración y cobranza de las facturaciones provenientes de la venta de bienes o servicios.»

4. FUNCIÓN ECONÓMICA

La utilización del crédito propio como medio de obtener recursos financieros tiene límites infranqueables que tiene relación con la situación patrimonial del requirente de fondos. Una reflexión similar puede realizarse respecto de la recurrencia a un tercero garante, más allá del costo eventual por la inaccesibilidad de esta opción

Una alternativa diferente, más novedosa y muchas veces más conveniente, es ofrecer como garantía, en sentido lato, para operaciones individuales, la solvencia de terceros clientes del tomador de fondos mediante la cesión o prenda de créditos contra estos.

Todavía más, la toma de fondos puede realizarse mediante la cesión global de créditos a favor de un sujeto que se anime a satisfacer requerimientos financieros de una empresa, en operaciones que pueden tener una naturaleza jurídica diferente que incluye al contrato de *factoring*.

Cabe así entender que las operaciones de *factoring* pueden cumplir una función de garantía amplia, en tanto permite a la empresa asegurarse la disponibilidad de la prestación debida por sus clientes mediante la provisión de fondos por un tercero.

Desde otra perspectiva, que compartimos, puede concebirse al *factoring* como una herramienta primaria de financiación, en la cual un conjunto o cartera de créditos actuales o futuros permite a su titular obtener recursos financieros de un tercero usualmente una entidad financiera o sociedad de factoring.[10]

El contrato de *factoring* puede contener no solo una relación de financiación, sino, otras funciones de carácter económico de diversa índole. Por el *factoring se*

---

[10] Salvador D. BERGET y Martin PAOLANTONIA, *La factura de crédito*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 13-14

satisface la función de financiamiento, de garantía, de prestación de servicios (de gestión, información) o, normalmente, varias de ellas, dependiendo de las prestaciones que integren el contenido de cada contrato concreto.

Siendo esto así, los intereses a satisfacer por este contrato son variados. Por un lado la empresa de *factoring* tiene el interés de realizar su actividad a cambio de una retribución que le brinde una ganancia que es el resultado de sus prestaciones, además de los intereses por los anticipos. Por medio de los anticipos el cliente obtiene liquidez más fácilmente que si tuviera que recurrir a otros medios de financiación como el crédito bancario. En el caso que la cesión sea *pro-soluto*, consigue garantizar el cobro del crédito, pues se libera del riesgo de insolvencia del deudor cedido.

En la práctica italiana el *factoring* que se practica con mayor frecuencia es el de cesión *pro-solvendo* con anticipos. Por lo tanto, la finalidad que se satisface principalmente es de gestión/contabilización de cobros y financiación.[11]

La razón más importante de la gran expansión del factoring está relacionada con su función de financiación. Por su propia estructura, las pequeñas y medianas empresas acuden en gran medida a financiación externa, principalmente bancaria. Sin embargo, en las fases difíciles, cuando mayor necesidad hay de financiación, los institutos bancarios no satisfacen la exigencia de obtener liquidez en tiempo breve y sin prestar garantías. Esto ha permitido que el *factoring* se extienda ampliamente como instrumento de financiación complementaria de los que tradicionalmente ha usado la pequeña y mediana empresa.

Su utilización en el ámbito de los pequeños empresarios es positiva en la medida que con los servicios de financiación se brinda un servicio informativo de selección de clientela, que resulta de suma importancia para este sector de la economía.[12]

5. NATURALEZA JURÍDICA

Las múltiples relaciones que conlleva este contrato, o que permisiblemente pueden incluirse, traen como consecuencia la dificultad de encontrar una naturaleza jurídica que justifique su existencia por sí solo, siendo frecuente que se le identifique con otros contratos.

Se ha equiparado el *factoring* a la compraventa en firme de los documentos, al préstamo con cesión *pro soluto*, de los créditos o cesión en garantía, al descuento bancario, al anticipo de crédito, al mandato o al seguro de crédito. Estas posturas han sido objeto de puntuales críticas; en esencia, porque ellas suponen una

---

[11] Rafael VÁSQUEZ VILLAVERDE *El Contrato de factoring*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 112.

[12] *Id.*, p. 112.

aproximación parcial al problema que, por centrarse solamente en alguna de las facetas mas características de este contrato, ignoran o menosprecian la variedad funcional y la extrema ductibilidad que lo caracterizan.

Una tesis importante que intenta la explicación de la esencia jurídica del *factoring* es aquella que, partiendo de la pluralidad funcional, llega a la unidad de la causa del contrato, mostrándose contraria a su fragmentación jurídica, y concluye que el *factoring* ha de calificarse como un contrato complejo, en el sentido de tener elementos y lograr resultados económicos propios de otros contratos, fusionados en una unidad causal que lo individualiza. Frente a ésta se colocan las posturas que, partiendo también de la pluralidad contractual, no concluyen en la unidad causal. Estas coinciden en señalar la existencia de distintas modalidades de *factoring,* con naturaleza diferente entre sí, en función de las posibilidades de combinaciones de los servicios a realizar por la empresa factora establecidos en el propio contrato, pues en cada una de ellas la causa de la cesión de créditos es diferente.

Al margen de las dificultades lógicas de concebir una causa única que sea al mismo tiempo variable, explica García de Enterría, es claro que en el desarrollo práctico del *factoring* no se produce una fusión de una diversidad de causas (colaboración, financiación, garantía) que anule su respectiva singularidad y que se manifieste por igual con relación a todos los créditos, y que las mismas (y aquí radica la principal especialidad de este contrato, la que explica sus posibles ventajas en comparación con otras figuras afines o similares) pueden combinarse y disgregarse bajo distintas fórmulas, según las concretas finalidades del empresario y el propio criterio de la empresa *de factoring.* Siendo esto así, al variar por completo el resultado práctico perseguido por las partes, según los servicios prestados en cada caso por la empresa de *factoring,* es evidente que el programa de prestaciones y el contenido del contrato difícilmente pueden reconducirse a un único esquema causal rígido y predeterminado, capaz de adoptar —sin merma alguna de su individualidad— una pluralidad de manifestaciones radicalmente dispares y que se muestre insensible ante la concreta modalidad funcional puesta en práctica en creación a cada crédito.[13]

Autores como el desaparecido Max Arias-Schreiber consideran que el contrato de facturación es un contrato financiero y de colaboración complejo, pues en él concurren tanto un arrendamiento de servicios como una comisión de cobro, una asunción de créditos y una asunción *pro nuptio.* Es de opinión que no existe unanimidad de opiniones respecto a su naturaleza jurídica, y se le considera, en términos generales, como un contrato de financiación.[14]

---

[13] GARCÍA DE ENTERRÍA, *El contrato de factoring y de cesión de créditos*, Madrid, 1995, p. 110.

[14] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 63

Se debate en doctrina si el *factoring* constituye un contrato definitivo, o si, por el contrario, se trata de un contrato preparatorio.

En efecto, autores como Bianchi consideran que el contrato de facturación es en realidad un acuerdo preliminar, por el cual el cliente se obliga a ofertar al factor los créditos que surjan de su actividad empresarial. Si la oferta es aceptada por la empresa de facturación se concluye, en cada caso, un negocio de cesión de tales créditos. Existirían pues, según estos autores, dos momentos: el contrato de *factoring* como obligación de ofertar, y la posterior cesión de cada crédito. Cabe anotar que las obligaciones del acuerdo preliminar surgirían únicamente para el cliente, ya que el factor podría rechazar las ofertas de cesión que aquél fuese haciendo a su favor, sin estar comprometido a aceptarlas.[15] Es quizás este un aspecto a considerar en el caso que la empresa de *factoring* haya predeterminado el sector, los clientes del factorado, los documentos y los plazos dentro de las condiciones a financiar las facturas y asumir el riesgo.

La tesis del *factoring* como contrato definitivo, por el contrario, sostiene que este instituto entraña una cesión global de créditos existentes y futuros. A pesar de ello, en la doctrina se sostiene (García-Cruces) que, no obstante el carácter definitivo del *factoring*, «no puede olvidarse que, en ocasiones, se configura el contrato de factoring no con carácter definitivo y traslativo, sino, por las razones que sean, como un contrato cuadro respecto a los posteriores negocios de cesión».

No se presentan, pues, dos momentos distintos, sino uno solo: la cesión de los créditos se produce en el momento de celebrarse el contrato, aun cuando pueda pactarse que, en cada caso, dicha cesión tenga como condición suspensiva que aquellos reúnan las condiciones previstas en el contrato.

Compartiendo la posición del profesor Arias-Schreiber, me inclino por la segunda de las tesis expuestas, en la parte que admite que, contemplando todos los elementos presentes en el *factoring* –que no se limitan a la cesión de créditos sino que abarcan servicios de diversa índole–, no hay nada que se oponga a considerarlo como un contrato definitivo cuya ejecución se verifica a lo largo del tiempo.

La doctrina trata de encontrar en diversas figuras jurídicas la razón y el origen del contrato de *factoring*, correspondiendo entonces delimitar su existencia autónoma y existencia compleja para concebirlo como una figura autónoma. Muchas veces nos preguntamos cuál es la razón que justifica la creación de nuevas figuras jurídicas, en todo caso cuál es el ingrediente jurídico que hace que la relación contractual merezca un tratamiento conceptual distinto para plasmarse luego en un dispositivo legal.

Las diversas teorías que buscan atraer la figura del contrato de *factoring* la encontramos en las siguientes.

---

[15] *Id.*, p. 66.

5.1. Teoría de la apertura de crédito

Por la apertura de crédito, la empresa de *factoring* no hace otra cosa que poner a disposición de esta una línea de crédito para ser utilizada con los documentos negociables derivados de la venta de sus productos que le presente.

Al respecto, debemos señalar las siguientes diferencias entre el contrato de apertura de crédito y el *factoring*:

- En el *factoring* no se otorga una disponibilidad crediticia anticipada por un monto determinado, como sí ocurre en la apertura de crédito, el que, por definición, constituye una operación crediticia. En la apertura de crédito se concreta de antemano el monto de la línea, fijándose un monto determinado, y, en los casos de la línea de crédito revolvente o rotativa, se conviene en el monto máximo de su utilización por vez con cargo a la línea. La determinación del monto fijo no se da en el caso del *factoring*. Es más, en teoría carece de importancia, pues la cuantía en todo caso dependerá de la magnitud de las ventas que efectúe el cliente y que sean transferidas al factor. Así, su importe es ilimitado durante la vigencia del contrato. No obstante ello, nada impediría que la empresa financiera otorgue una línea de crédito revolvente con cargo a la cual se presenten operaciones de descuento, de fianza y de facturas conformadas. Sin embargo se desnaturaliza el uso de la línea de crédito por cuanto los documentos negociados bajo la modalidad del contrato de *factoring*, sin acción de regreso, no tendrían por qué copar la línea, pues son documentos en los cuales la empresa financiera asume el riesgo como propio y no puede repetir contra el cliente factorado.
- Para el perfeccionamiento del contrato de apertura de crédito, el cliente es beneficiario de un crédito y debe ser él quien reúna los requisitos o condiciones para ser sujeto de crédito.
- El *factoring* –en principio– no es un contrato crediticio, sino más bien un servicio bancario (cuando es practicado por un banco), toda vez que puede o no haberse pactado la financiación que resulta adicional al objeto mismo del contrato. Pero aún cuando se hubiera pactado tal financiación, la calificación como sujeto de crédito no se hace al cliente beneficiario de tal financiación, sino a los clientes del cliente factorado. Son aquellos terceros, que no participan en el contrato de *factoring*, quienes serán objeto de calificación como sujetos de crédito por parte del factor. En el caso de la apertura de crédito, es el cliente beneficiario del crédito y con quien se suscribe el contrato, quien es objeto de la calificación crediticia.[16]
- En la apertura de crédito, el cliente debe devolver el monto del crédito concedido. En el *factoring*, el cliente, precisamente se desvincula de la

[16] Rolando CASTELLARES, *op. cit.*, p. 611.

deuda mediante la cesión del crédito, no es deudor del Factor, y por tanto no tiene contraída obligación de pago frente a la Empresa de *factoring*. Ya sea que el dinero le fue entregado al vencimiento del documento o en forma adelantada, tal financiamiento no es más que el pago adelantado que éste realiza en los casos que las facturaciones incluyan facilidades para su pago, por lo que el cliente no está obligado a devolver o rembolsar suma alguna recibida de parte del factor. Este asume todos los riesgos crediticios que puedan contener las operaciones transferidas al factor, por lo menos dentro de la concepción del *factoring* puro.

- La apertura de crédito tiene por objeto la concesión de una facilidad crediticia. En el caso del *factoring*, puede incluir una pluralidad de servicios o limitarse a uno o algunos de ellos. De contener alguna financiación, tal adelanto crediticio no conlleva obligación alguna de parte del cliente de devolver al factor el monto objeto de la financiación.

5.2. Teoría del descuento

Se suele identificar el *factoring* con el descuento. Sin embargo no se suele identificar al descuento como un contrato, lo que sí sucede con el *factoring*, que además de ser una operación con ciertas características, forma parte de un contrato que debe constar por escrito. El descuento es una operación netamente crediticia, en cambio el contrato de *factoring* se concibe a base diversas relaciones, en las que el crédito podría jugar un papel complementario de la figura jurídica.

Veamos algunas diferencias entre ambos operaciones.

- La operación de descuento conlleva la inmediata disponibilidad del dinero; transferidos los documentos descontados al descontante, éste debe desembolsar de inmediato la suma objeto del descuento. En el *factoring* no se requiere de un desembolso inmediato, pues el desembolso puede ser anterior o posterior al vencimiento de la obligación, lo que interesa en todo caso es que la transmisión del documento opere sin que el cliente factorado tenga responsabilidad por el pago del documento. Se requiere de una estipulación especial y adicional para que el factor realice pagos anticipados (*factoring* con financiamiento), por lo que esta estipulación no es consustancial al *factoring*.
- El elemento real u objeto material de las operaciones de *factoring* reposa en cualquier título valor, en cambio, en el descuento, sólo son pasibles de descuento los títulos valores crediticios. No pueden descontarse facturas o efectos por cobrar que no contengan derechos patrimoniales adquiribles mediante su transferencia.
- En el descuento la transferencia de los títulos descontados se hace *prosolvendo*, esto es, a resultas de buen fin del título descontado. En el *factoring*, el factor no tiene posibilidad de recurso contra su cliente, se trasmiten los

títulos *pro-soluto*, pues éste asume todo el riesgo de pago de los documentos y efectos objeto de este contrato. No obstante, en algunos casos puede haberse pactado la posibilidad del recurso por falta de pago, lo cual desnaturaliza la modalidad del *factoring*. Aún en este caso, en el cual se desnaturaliza el contrato de *factoring*, el modo sigue siendo el mismo, pues el contrato de *factoring* no sólo está formado por el descuento del documento, sino por una serie de servicios adicionales.

- La relación de deudor-acreedor propia del descuento no se da en el contrato de *factoring*. En circunstancias determinadas, puede ser materia del *factoring* la presentación de documentos en los cuales el mismo factor sea el obligado en vía directa o en una cambiaria.
- En el descuento los títulos se encuentran pendientes de pago, de lo contrario no tendría razón de ser el descuento; el plazo de vencimiento aún no se ha cumplido y ninguno de los títulos puede referirse a transacciones no crediticias. En el caso del *factoring* los papeles y efectos objeto del contrato pueden estar conformados también por documentos que representan pagos al contado, inclusive hasta de documentos con fechas de pago ya vencidas.

5.3. Teoría de la Compraventa y Cesión de Derechos

La teoría de mayor aceptación es la que asimila el *factoring* al contrato de compraventa y a la cesión de derechos, pues se afirma que la empresa de *factoring* «compra» permanente y sucesivamente los documentos y efectos por cobrar de su cliente o se sustituye en los derechos crediticios de éste, quien se limita a garantizar la existencia y realidad de las transacciones a las que dichos documentos se refieren, pero sin responder por la solvencia ni el cumplimiento de las personas obligadas a cancelarlos, lo que explicaría la imposibilidad de la empresa de *factoring* de repetir contra su cliente el pago efectuado, en caso de incumplimiento o morosidad de los clientes del factorado.

Así, como nuevo propietario de los documentos y derechos adquiridos, corresponde a la empresa de *factoring* asumir todo riesgo del bien de su propiedad, sea comprado o cedido, salvo pacto en contrario (salvo que se trate de la aplicación de los artículos 1567 y siguientes del Código Civil peruano, sobre la transferencia del riesgo en el contrato de compraventa[17] y del artículo art. 1206 y siguientes C.C., sobre cesión de derechos, en donde el artículo 1213[18], dispone que el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor).

---

[17] Art. 1567 C.C.: El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputables a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega.

[18] Art. 1213 C.C.: El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los

En este sentido, existe plenitud de criterios al señalar que el *factoring* no se limita a la adquisición de determinados títulos negociables, sino que comprende la totalidad (universalidad) de los derechos emergentes por las ventas o servicios que realiza el cliente factorado. Es decir, que la compraventa puede ser puntual o específica sobre un bien o valor determinado o puede ser global, en cambio el *factoring* sólo puede ser global. Existe un pacto por la empresa de *factoring* luego de haber estudiado y analizado la cartera de clientes del facturado; decide apoyarlo, pero con la expectativa cierta que estos clientes son buenos y puntuales en sus pagos, de forma tal que está dispuesto a asumir el riesgo de la cobranza en la medida que se siga vendiendo los productos a esa cartera de clientes calificada.

En la medida que se venda a esos clientes, toda la cartera debe ser presentada a la empresa de *factoring*, y el cliente factorado podrá seguir negociando ventas con otros clientes que no hayan calificado. Lo que sucederá es que esos documentos que presente no gozarán del beneficio de la exclusión de responsabilidad en la cobranza por la acción de regreso, o podrá ser materia de otra modalidad operacional, pero sale de la esfera del *factoring*. El *factoring* implica un compromiso de entrega de documentos negociables a cargo de clientes calificados, y compromiso de liberar de responsabilidad por la cobranza del crédito; precisamente la empresa de *factoring* es la que ha concluido con la recomendación de las operaciones con dicho cliente del factorado.

Por otro lado, el *factoring*, a diferencia de la compraventa y la cesión de derechos, no sólo comprende la transferencia de la propiedad o sustitución en los derechos del cliente, sino que comprende una gama de servicios adicionales que son extraños a la naturaleza de la compraventa y de la cesión de derechos.

6. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FACTORING

Según Carlos Gilberto Villegas, el *factoring* es «un contrato que instrumenta la prestación de una serie de servicios por parte de una entidad financiera, «factor», a un determinado cliente, a quien fundamentalmente le provee de financiación mediante la compra de la cartera de créditos que este posee y que provienen de sus ventas, además de otros servicios complementarios administrativos o contables».[19]

Para Boneo y Barreira, el *factoring* consiste en una actividad de cooperación empresarial que tiene por objeto para la entidad financiera, denominada factor, la adquisición, a sus clientes, de los créditos de que sean titulares contra sus compradores y deudores, garantizando su satisfacción y prestando servicios

---

intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

[19] Carlos GILBERTO VILLEGAS, *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, Ed. Abeledo Perrot, 1974, Buenos Aires.

de contabilidad, estudios de mercado, investigación de la clientela, asesoramiento e información.[20]

Para Juan Roca Guillamón el *factoring* consiste en «una actividad de cooperación empresarial, que tiene por objeto, para la entidad financiera denominada factor, la adquisición en firme a sus clientes, de los créditos de que sean titulares contra sus compradores y deudores, garantizando su satisfacción y prestando sus servicios de contabilidad, estudio de mercado, investigación de la clientela, asesoramiento e información».[21]

Para Rafael Vásquez el contrato de *factoring* es aquel en cuya virtud el cliente cede sus créditos comerciales al factor a cambio de una remuneración porcentual sobre el importe del volumen de créditos, prestando a cambio servicios de investigación, control y cobro de los créditos cedidos, asumiendo, en ciertas condiciones, el riesgo de insolvencia sobre los deudores, pudiendo, previo concierto con el cliente, llevar a cabo un anticipo sobre el importe de los créditos cedidos, cobrando, por ello, además, un interés.[22]

En la legislación peruana la Resolución Nº 1021 del año 1998, de la Superintendecia de Banca y Seguros, define la operación de *factoring* en su primer artículo, diciendo: «El factoring es la operación mediante la cual el factor adquiere, a título oneroso, de una persona natural o jurídica, denominada cliente, instrumentos de contenido crediticio, prestando en algunos casos servicios adicionales a cambio de una retribución. El factor asume por el riesgo crediticio de los deudores de los instrumentos adquiridos, en adelante deudores.» En el artículo 3 de la misma resolución señala que «El factoring se perfecciona mediante contrato escrito entre el factor y el cliente.» Podemos apreciar entonces que no se trata solamente de una operación de *factoring* sino de la formalización de un contrato de contenido obligacional, que contiene las condiciones en que se llevará a cabo las operaciones de *factoring*.

El *factoring* presupone un hacer del factor, que no se agota en la sola adquisición o descuento del crédito, ya que se identifica con toda una serie de servicios comprendidos en el crédito en sentido lato. Servicios a los cuales corresponde la llamada comisión de *factoring*.

De allí que cualquier definición de *factoring* debe ineludiblemente hacer referencia a los servicios que se obliga a prestar el factor En este orden de ideas, se ha definido al contrato en análisis como:

---

[20] Sidney BRAVO MELGAR, *Los Contratos Modernos Empresariales*, T. I, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

[21] Roca GUILLAMÓN, *op. cit.*

[22] Ramón VÁSQUEZ GARCÍA, «El contrato de factoring», en *Contratos bancarios y parabancarios*, Edititorial Nova, Madrid, 1998.

a) La prestación de un conjunto de servicios administrativos-financieros que realiza el factor respecto de los créditos comerciales a corto plazo, generalmente documentados mediante facturas, que le cede la empresa vendedora, titular de los mismos, y por los que aquél (el factor) percibe una remuneración previamente establecida.

b) El conjunto de servicios prestados por una institución de crédito para atender financiera y administrativamente la cartera de deudas de la empresa cliente sea industrial, comercial, agropecuaria o de servicios por un precio determinado oportunamente.

c) La actividad de cooperación empresarial, en cuya virtud el cliente transferirá todos sus créditos al factor, quien por una comisión porcentual del importe de los créditos prestará los servicios de gestión, cobro y contabilización de los créditos transferidos, y asumirá, en determinadas condiciones, el riesgo de insolvencia de los deudores, pudiendo, a petición del cliente, efectuar un anticipo sobre el importe de los créditos a cambio de un interés, y,

d) El acuerdo en virtud del cual un empresario cede los propios créditos comerciales a un operador especializado (el factor), el cual se compromete, a cambio de ello, a prestar una serie de servicios de contenido diferenciado, entre los cuales, los más importantes son la gestión, la contabilización y sobre todo el cobro de los créditos cedidos, ello a cambio de una comisión de *factoring*.

Desde una perspectiva legal, el factoring se ha venido presentando como un contrato nominativamente atípico, y en particular un atípico mixto, en el que prevalece la cesión de créditos, y que tiene elementos de la locación de servicios y del mutuo financiero, en la actualidad la resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros a través de la Resolución Nº 1021 ha dado la tipicidad legal del contrato, definiéndolo tal como lo hemos comentado.

7. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Las características o caracteres del contrato de *factoring* pueden resumirse de la siguiente manera:

- Contrato típico. A diferencia de muchos países en los que el *factoring* es un contrato atípico, en el Perú es típico, es decir, es un contrato que tiene regulación propia. El legislador nacional incluyó algunas normas en la Ley General del Sistema Financiero (arts. 6, 221, numerales 4 y 10, 282, numeral 8), luego la reglamentó mediante la Resolución SBS Nº 1021-98.
- Contrato normativo y autónomo. Se establecen las pautas generales que van a regir la conducta de los contratantes y su interpretación a lo largo de la vida del contrato, lo que va a otorgar autonomía propia al contrato en sí,

ya que aquéllas van a servir para obtener la finalidad económica propuesta y que no va a poder serlo por otras vías contractuales.

- Contrato preliminar y/o definitivo. Será preliminar para un sector de la doctrina en la medida que da inicio a una situación jurídica básica que configura determinados comportamientos de los contratantes como actos debidos. De ahí que exista la oferta de factorización y la obligación que genera el factorizar los créditos ofrecidos por el cliente a la empresa de *factoring*. Por otro lado, será definitivo en la medida que se den todos los elementos presentes en el *factoring* –que no se limitan a la cesión de créditos, sino que abarcan servicios de diversa índole– cuya ejecución se verifica a lo largo del tiempo.
- Contrato de financiación. Esta es la característica fundamental, pues a pesar de que esencialmente no tienen por qué ser un contrato de financiación sino de prestación de servicios, el cliente lo que busca en la operación de *factoring* es la mejora de sus *ratios* de solvencia y liquidez, y de que le anticipen los créditos. Se trataría de buscar la financiación adecuada, al menor coste posible, para el cliente, y con la correspondiente cobertura de riesgos para la empresa de *factoring* prestadora de los servicios que, en su caso, se le demanden y acepte llevar a cabo.
- Bilateral, en tanto en el momento de su celebración nacen obligaciones recíprocas de las partes.
- Oneroso: La onerosidad se da a través de la retribución que cobra la empresa de *factoring* por manejar los documentos que adquiere del cliente factorado, o por los servicios adicionales que presta, adicionalmente a la tasa que corresponda por la operación de descuento o de cobranza. La responsabilidad que conlleva la operación de *factoring* trae consigo la onerosidad, y el compromiso del servicio del *factoring* trae consigo la retribución.
- Consensual, ya que el negocio se perfecciona con el simple consentimiento de las partes. En este sentido tenemos la jurisprudencia del tribunal español con la Sentencia de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995, cuando se refiere a la operación de *factoring* en los siguientes términos: «Por el contrato de Factoring figura atípica en el que adquiere especial relevancia la autonomía de la voluntad, el cliente cede o se obliga a ceder al factor todos los créditos presentes o futuros nacidos de las ventas realizadas o por realizar, así como los servicios prestados o por prestar, a la clientela actual o potencial del primero, en contraposición de lo cual recibe una remuneración (tarifa de factoraje e intereses por anticipo, en su caso).»
- Conmutativo, con independencia de que el factor asuma el riesgo de insolvencia de los créditos transferidos.

- Formal, ya que el consentimiento de las partes debe expresarse por escrito (art. 3 de la Resolución SBS 1021-98)
- Considerando los sujetos y las prestaciones involucradas, es esencialmente un contrato de empresa, no limitado al sector bancario.
- Es un contrato de duración, ya que las prestaciones de las partes se prolongan en el tiempo, no agotándose en una única operación. Lo que buscan los contratantes no es una relación ocasional que se agote inmediatamente, sino un marco prolongado en el tiempo.
- Es típicamente un contrato por adhesión o sobre la base de condiciones negociales generales predispuestas por el factor.
- Es un contrato de causa compleja, con elementos de garantía y crédito, pero sin una identificación plena con cualquiera de ellos, y
- Es un contrato de colaboración que, como vimos, no se agota en el intercambio de créditos por dinero. Sino que presupone la existencia de intereses compartidos y una actuación gestora no representativa por parte del factor.

8. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Las partes contractuales constituyen el elemento personal. Resulta de suma importancia precisar cuántas partes existe en este contrato. Por un lado se encuentra la empresa de *factoring*, y por el otro, el cliente o factorado. La relación con los deudores de cliente no forma parte de esta relación contractual, en todo caso son elementos pasivos de este contrato; ellos no pueden ejercer actos que graviten en la concertación del contrato de *factoring*.

8.1 Elementos personales

a. La empresa de factoring

La peculiaridad de la actividad desarrollada por las empresas de *factoring*, que comprende, entre otras, la de otorgar anticipos –como operaciones de crédito– y a la función de intermediación financiera, ha sido señalada como una de las razones que justificaban la necesidad de regular y controlar administrativamente la forma organizativa, la composición personal y patrimonial, y la gestión de las entidades que se dedicasen a tal actividad. La finalidad por satisfacer es que estas entidades tengan su operatividad, su estabilidad y confiabilidad patrimonial, y su profesionalidad adecuadamente controladas.

En la Comunidad Económica Europea las entidades que ejercitan el *factoring* son entidades de financiación, tal y como son concebidas por la 2 Directiva CEE (Nº 89/646), que contempla expresamente la actividad de *factoring*, y que ha sido introducida en el ordenamiento Italiano por el decreto legislativo de 14 de diciembre de 1992, Nº 481.

En Italia, nos refiere Vásquez Villaverde,[23] que la Ley 52/91, desarrollada por el decreto del Ministro del Tesoro del 12 de mayo de 1992, establece las exigencias del registro de las empresas que ejercitan la actividad de adquisición de créditos de empresa y las modalidades de su vigilancia, que se completa con lo establecido en la disposición del Banco de Italia de 16 de junio de 1992, que establece normas para la inscripción en el Registro de las Empresas que ejerciten la actividad de adquisición de créditos de empresa.

La empresa de *factoring* constituye un elemento personal de este contrato. De acuerdo a la legislación peruana, sólo pueden realizar operaciones de *factoring* aquellas empresas que se constituyan especialmente para realizar esta clase de operaciones, además pueden realizar operaciones de *factoring* las empresas bancarias y financieras. En este sentido, la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros (Nº 26702, inc. 8, art. 282) define a la empresa de *factoring* a aquella cuya especialidad consiste en la adquisición de facturas conformadas, títulos valores y en general cualquier valor mobiliario representativo de deuda.

La empresa de *factoring* debe contar con la autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros para operar como empresa dedicada a la realización de estos contratos, y pertenecen al sistema financiero nacional.

Las empresas que se encuentran bajo la Supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros podrán realizar las operaciones y servicios, detalladas en el artículo 221 de la Ley 26702, entre ellas «operaciones de factoring». Dichas operaciones las pueden realizar directamente a través de empresas constituidas para realizar este tipo de operaciones o por intermedio de empresas bancarias o financieras o de sus subsidiarias (art. 224).

Las empresas de *factoring* deben contar con un capital social mínimo aportado en efectivo. Se dan en este sentido dos condiciones particulares, la primera referida al capital mínimo precisamente para exigir, desde el inicio, un monto de garantía con los terceros que realice operaciones de *factoring*; y además se exige que la cantidad sea aportada en efectivo, lo que descarta las otras posibilidades del aporte societario, como son los aportes en bienes no dinerarios como los bienes muebles e inmuebles.

La Resolución de la Superintendencia Nº 1021-98 (art. 6) faculta a las empresas de *factoring* para realizar estas operaciones siempre que cuente con su autorización; también se faculta a las empresas bancarias y otras empresas de operaciones múltiples autorizadas para realizar las operaciones en la ley.

La resolución bajo comentario identifica a las empresas de *factoring* a las sociedades anónimas cuyo objeto social consiste principalmente en la adquisición de facturas, facturas conformadas y títulos valores representativos de deuda,

[23] *Id.*, p. 113.

mediante *factoring* y descuento. El tema que surge al respecto es si efectivamente estamos ante un objeto social determinado y preciso, o es posible que estas empresas puedan tener otro objeto social, además de realizar operaciones de *factoring*.

La no necesidad de que el objeto social sea exclusivo ha sido criticada por parte de la doctrina, argumentando que cualquier entidad financiera con el capital mínimo exigido y con la simple modificación de los estatutos puede realizar, junto a otras, la actividad de adquisición de créditos de empresa, lo que iría en contra de las garantías de especialización y profesionalidad que deberían ser exigidas para el ejercicio de la actividad que estudiamos. No parece que tal crítica tenga mucho fundamento desde el momento en que las entidades que ejerciten la actividad de adquisición de créditos de empresa deben obtener la autorización, lo que garantiza la especialización, profesionalidad y control –salvo a las entidades de crédito, para las que no hace falta controles adicionales–.

La ley permite a la empresa de *factoring* brindar al cliente otros servicios adicionales a la adquisición de instrumentos, que pueden consistir en investigación e información comercial, gestión y cobranza, servicios contables, estudios de mercado, asesoría integral y otros de naturaleza similar (art. 9, R SBS 1021-98). Resulta de suma importancia incluir dentro del objeto social estas actividades, aunque de no incluirlo, consideramos, que siendo la actividad operación de índole compleja, podemos afirmar que la mención a la actividad extiende todo los actos que la incluyen, y dentro de estos está la gama de servicios antes anotados; es más, de no existir estos servicios, estaríamos simplemente ante un contrato de descuento o de cesión de créditos, que por su simplicidad no calificaría como operación de *factoring*. El *factoring* es una actividad más compleja, no sólo incluye la realización de actos de índole financiero, sino de servicios complementarios empresariales.

b. El cliente

El cliente es el otro elemento personal del contrato, es la contraparte contractual. El contrato de *factoring* es un contrato de empresa y para empresarios, por lo que el sujeto debe reunir esta característica. En la legislación italiana se exige que el cliente sea empresario (Ley 52/91).

Es la persona natural o jurídica que, en el desarrollo de sus actividades, cuenta con un volumen importante de documentos representativo de ventas y acude a la empresa de *factoring* para que califique su cartera de cobranzas, su sistema de ventas, y requiere de información comercial de sus clientes, su rotación de cartera de clientes, e información sobre la relación de endeudamiento de sus clientes o de su propia empresa, así como los análisis del mercado para la colocación de sus productos, etc. El rasgo característico es el del empresario, sea persona natural o jurídica.

Los deudores del cliente no integran el contrato, pero son sujetos colaterales, ya que deben ser notificados de la cesión del crédito o créditos, a fin de cancelar las facturas. Al respecto, el art. 4 del Reglamento señala que la operación de

factoring debe realizarse con conocimiento de los deudores, a menos que por la naturaleza de los instrumentos adquiridos, dicho conocimiento no sea necesario. Agrega la norma que se presumirá que los deudores conocen del *factoring* cuando se tenga evidencia de la recepción de la notificación o cuando mediante cualquier otra forma se evidencie indubitablemente dicho conocimiento.

En todo caso el conocimiento del deudor no es necesario para la validez de la cesión, pues ésta puede llevarse a cabo sin este requisito. La necesidad de notificar al deudor no tiene otra finalidad que la de lograr el conocimiento del deudor de la mutación patrimonial operada, esto es, de la cesión del crédito, pero no tiene el efecto de una eficacia consultiva. De conformidad con el artículo 1206 del Código Civil peruano, «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aún sin el asentimiento del deudor.» Existe la obligación de comunicar la cesión a tenor de lo dispuesto en el artículo 1215, que dispone que «La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.»

Es importante tener en cuenta, no obstante, que conforme al art. 1210 del Código Civil, la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. Pese a ello, en aplicación de la misma norma, si el factor actuó de buena fe por ignorar la prohibición, la cesión será válida.

El artículo 4 de la Res. SBS 1021-98 precisa que «La operación de factoring debe realizarse con conocimiento de los deudores, a menos que por la naturaleza de los instrumentos adquiridos, dicho conocimiento no sea necesario. (...) Se presumirá que los deudores conocen del factoring cuando se tenga evidencia de la recepción de la notificación correspondiente en sus domicilios legales o en aquéllos señalados en los instrumentos, o cuando mediante cualquier otra forma se evidencie indubitablemente que el deudor conoce del factoring.»

c. El deudor cedido

Con justa medida Castellares[24] se refiere a este elemento como «el tercero relativo» para identificar a las personas que no participan directamente en el contrato, pero que soportan los efectos del mismo por ser sujetos pasivos de una relación jurídica obligacional. Los efectos del contrato inciden en ellos, en la medida que son deudores directos del cliente, a cuyo nombre se emiten los documentos en cobranza y que son objeto de previa calificación de su solvencia crediticia por parte del factor para poder contratar con el cliente, que sí es parte del contrato de *factoring*. Resulta interesante, por otro lado, concebir si la calidad de deudor cedido le confiere derechos respecto a su condición de deudor. Por lo menos el Código Civil peruano no le concede el derecho de parte contractual desde el mo-

[24] Rolando CASTELLARES, *op. cit.*, p. 618.

mento en que el artículo 1206 establece que «la cesión puede hacerse aún sin el asentimiento del deudor.» Y, por otro lado, el artículo 1210 dispone que «el pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.» La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario. Existen pues situaciones en las que el derecho del deudor cedido puede enervar la relación jurídica de la cesión realizada por el Factor (cliente) a la empresa de *factoring*.

La norma reglamentaria (Res. 1021-98, art. 4) obliga a dar a conocer la operación de *factoring* al deudor cedido, a menos que por la naturaleza de los instrumentos adquiridos dicho conocimiento no sea necesario, poniéndose en el caso de los títulos valores cuya ley de circulación sea el endoso.

8.2. Elementos materiales del contrato de factoring

Debemos referirnos en primer lugar a los documentos o instrumentos materia de este contrato, así como a los servicios que complementan la relación contractual.

8.2.1. De los instrumentos

La Res. SBS 1021-98[25] señala que los documentos deben ser de contenido crediticio. Pueden ser facturas, facturas conformadas y títulos valores representativos de deuda. Según el artículo 2, pueden materializarse en facturas, facturas conformadas y títulos valores representativos de deuda, así definidos por las leyes y reglamentos de la materia. Dichos instrumentos se transfieren mediante endoso o por cualquier otra forma que permita la transferencia en propiedad al factor, según las leyes de la materia. Dicha transferencia comprende la transmisión de todos los derechos accesorios, salvo pacto en contrario.

Dicha transferencia comprende la transmisión de todos los derechos accesorios, salvo pacto en contrario. La adquisición es en propiedad, por tanto en aquellos documentos en los que no se haya especificado la forma en que se endosa el documento, debemos aplicar los criterios que responden a la naturaleza del contrato de *factoring* y considerar que la presunción de la transferencia en garantía no opera, en tanto que los instrumentos entregados en el marco de un contrato de *factoring* son transferidos en propiedad, pues la Res. SBS Nº 1021-98 señala que la empresa de factoring adquiere los instrumentos. Siendo esto así, no podemos aplicar la norma general de la Ley de Bancos (art. 169, Ley 26702), que señala que: «Cuando un título valor u otro susceptible de negociación por endoso, excepto el cheque, se

[25] Resolución del Superintendente de Banca y Seguros.

encuentre en poder de una empresa del sistema financiero, el endoso puesto en él se presume hecho en garantía, a menos que medie estipulación en contrario.» No cabe pues presunción, los endosos puestos en un instrumento de crédito que se encuentra dentro del marco de un contrato de *factoring* se trasmite en propiedad y no hay presunción valedera en este caso que no sea la de la transmisión en propiedad.

Debemos tener presente que, siendo una característica del contrato la asunción del riesgo en la cobranza por parte de la empresa de *factoring*, los documentos que se trasmitan deberían adoptar la modalidad de la cesión de crédito, es decir, trasmitirse documentalmente con esta precisión, evitando que se realice un simple endoso, en el cual el endosatario quedaría obligado por la acción de regreso, salvo que se inserte en el título la cláusula sin responsabilidad o no negociable, lo cual permitirá transmitir los títulos valores con los efectos de la cesión de créditos. Si se trasmiten bajo la modalidad de la cesión de créditos, deberá cumplirse con los requisitos establecidos en la ley para esta clase de cesión, es decir, comunicar al deudor cedido de dicha cesión.

a) La factura conformada

Merece especial comentario que uno de los instrumentos sea la Factura Conformada, dado que los caracteres recogidos por la Ley de Títulos Valores en el Perú, hacen de dicho instrumento una herramienta importante para las transacciones comerciales, pues dicho documento se emite a manera de duplicado de la factura comercial y denota la conformidad de la entrega de la mercadería.

Dentro de las limitaciones a los instrumentos de contenido crediticio; encontramos que las operaciones de factoring no podrán realizarse con instrumentos vencidos u originados en operaciones de financiamiento con empresas del sistema financiero.

No obstante lo indicado, tenemos que el artículo 2 de la precitada resolución admite como instrumento de este contrato a los títulos de crédito como las facturas, facturas conformadas, letras, pagarés, etc. Cabe entonces precisar la forma en que se transmiten estos títulos. Las facturas comerciales no son propiamente títulos valores, por tanto, su transmisión es propiamente a través de la cesión de créditos; en cambio, los otros instrumentos, como la letra y el pagaré, tienen su propia ley de circulación a través del endoso, esta es su forma natural de ser transmitida. La resolución acotada, admite el respeto a la ley de circulación de cada instrumento, pues señala que «se transfieren mediante endoso o por cualquier otra forma que permita la transferencia en propiedad al Factor, según las leyes de la materia». Las leyes de la materia hacen referencia a la forma de transmitir los instrumentos. En el caso de letras y pagarés, si bien su forma natural de transmisión es a través del endoso, nada impide que el título se incluya la cláusula de «no negociable» o «no endosable» para que, en caso el título sea transmitido, el endoso puesto en el título conlleva los efectos de la cesión de créditos, en otros términos el cedente no s responsable solidario del pago del título, sino tan sólo de la existencia de la obligación al momento de la cesión.

En este contexto cabe tener presente que, si bien la norma permite que dentro de los instrumentos del contrato de factoring se cuente, entre otros instrumentos, con los títulos de crédito cuya ley de circulación sea el endoso, no por ello debe desnaturalizarse el contrato haciendo responsable solidario al cedente con el pago de la obligación; la pureza de la figura jurídica implica que dicha responsabilidad debe operar interpartes con los efectos de la cesión de créditos. Y en caso que el documento circule frente a terceros estaremos al criterio de la buena fe, pues el carácter literal de los títulos valores hace abstracción del origen de la obligación cuando dichos títulos han entrado en circulación, salvo que se haya puesto en el mismo título una cláusula limitativa de responsabilidad.

Capítulo aparte merece el título valor denominado Factura Conformada como elemento material del contrato de factoring. Es importante resaltar que así como el warrant tiene una garantía prendaria incorporada en el título que respalda la obligación crediticia, que en el caso del título de crédito hipotecario negociable se tiene un inmueble en garantía en respaldo del título circulatorio, en el caso de Factura Conformada contamos con la materialización y prueba de la venta del bien mueble, de su entrega bajo señal de conformidad y originariamente se concibió también como un título de garantía prendaría sobre los bienes vendidos y que se encontrasen incorporados en el título. La Ley 28203 modificó la regulación de la factura conformada y eliminó la posibilidad de constituir garantía prendaría sobre los bienes descritos en la factura conformada, quedando este instrumento ceñido a la probanza de la entrega de la mercadería contenida en el mismo título. Es decir, una forma de evitar las dilaciones que conlleva la probanza de la entrega de la mercadería mediante la guía de remisión de la mercadería.

La Ley del Sistema de Instituciones Financieras reguló originariamente la factura conformada. En el art. 237 la definía como un título valor que representa bienes entregados y no pagados, debidamente suscrita por el deudor en señal de conformidad en cuanto a la entrega de los bienes allí precisados, su valor y la fecha de pago de la factura. De acuerdo a dicha normativa, la factura conformada era emitida por el acreedor, y podía ser endosada a terceros. Incluye la descripción de los bienes objeto de la transferencia, que quedan afectos a la prenda global y flotante. El deudor quedaba constituido como depositario de los bienes transferidos por la factura.

La factura conformada está aparejada de mérito ejecutivo, y puede ser transmitida mediante el endoso.

La factura conformada constituye un bien mueble, el cual nace a consecuencia de la realización efectiva de un negocio de compraventa al crédito de bienes[26], La actual ley (28203) amplía el contenido a los servicios. Esta particularidad

[26] Los bienes a que se refieren, deben consistir en bienes muebles y materializados, excluyéndose los bienes muebles inmateriales y los inmuebles de toda clase.

constituye la nota de mayor resonancia del documento, revistiéndolo de un ropaje eminentemente causal, dado que la factura conformada indica siempre la existencia de transacciones comerciales efectivamente realizadas, circunstancia esta que conforma el contenido del documento, distinguiéndola así de sus pares como la letras de cambio, con la que guarda mayor relación de semejanza. Es en virtud de esta características que el título obtuvo enorme éxito en Brasil, como acertadamente refiere Lollet[27], «el secreto de su creación fue muy simple, se trata del título cambiario causado, cuya causa quedó probada sin que posteriormente sea disputable, ni motivo de ulteriores probanzas ni alegaciones ante tribunales».

La Nueva Ley de Títulos Valores confirma, para la legislación peruana, a la Factura Conformada; es así como el artículo 163 denota sus características, modificada por la ley 28203, sobre la cual establecemos el concepto y señala que:

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

b) El objeto de la compraventa u otras relaciones contractuales antes referidas, debe ser mercaderías o bienes objeto de comercio, o servicios que generen la obligación de expedir comprobantes de pago.

c) Los bienes y mercaderías pueden ser fungibles o no, identificables o no.

d) La conformidad puesta por el comprador o adquirente del bien o usuario del servicio en el texto del título, demuestra por sí sola, y sin admitirse prueba en contrario, que éste recibió la mercadería,o bienes o servicios descritos en la Factura Conformada, a su total satisfacción.

e) La Factura Conformada es un título valor a la orden, transmisible por endoso.

f) Desde su conformidad, representa el crédito consistente en el saldo del precio o contraprestación señalado en el mismo título.

En cuanto a su vencimiento, puede ser señalado solamente de las siguientes formas:

a. A fecha o fechas fijas de vencimiento, según se trate de pago único, o en armadas o cuotas.

b. A la vista

c. A cierto plazo o plazos desde su conformidad, en cuyo caso deberá señalarse dicha fecha de conformidad; y,

d. A cierto plazo o plazos desde su emisión.

---

[27] Miguel Angel, LOLLET, citado por Bernardo TRUJILLO CALLE en «Facturas Cambiarias», *Rev. Estudios de Derecho,* Nº 83, Medellín (Colombia) 1973, p. 95.

El plazo de pago o pagos del saldo del precio que se consigne en la Factura Conformada puede ser mayor de un (1) año, desde la fecha de su conformidad. El texto original de la Ley de Títulos valores estableció que dicho plazo no podía ser mayor de un año, la norma modificatoria (Ley 28203) ha modificado dicha limitación dejando abierto el plazo.

En caso de haberse pactado el pago de la Factura Conformada en armada o cuotas, la falta de pago de una o más de ellas faculta al tenedor a dar por vencidos todos los plazos y a exigir el pago del monto total del título; o, alternativamente, exigir las prestaciones pendientes en las fechas de vencimiento de cualquiera de las siguientes cuotas o, inclusive, en la fecha de la última armada o cuota, según decida libremente dicho tenedor. Para ese efecto, bastará que, de ser necesario, logre el correspondiente protesto o formalidad sustitutoria en oportunidad del incumplimiento de cualquiera de dichas armadas o cuotas, sin que afecte su derecho no haber efectuado tal protesto o formalidad sustitutoria correspondiente a las anteriores o cada una de las armadas o cuotas. La cláusula «Sin Protesto» a que se refiere el artículo 52º, que se hubiera incorporado en estas facturas conformadas, surtirá efecto sólo respecto de la última armada o cuota.

De los pagos de las cuotas o armadas deberá dejarse constancia en el mismo título, bajo responsabilidad del obligado principal o de la empresa del Sistema Financiero Nacional que verifique tales pagos, sin perjuicio de su obligación de expedir la respectiva constancia o recibo de tales pagos.

En cuanto a las obligaciones del comprador o adquirente, se debe dejar constancia de su conformidad en el mismo título, y de su calidad de obligado principal del pago de la acreencia que representa el título. La conformidad conlleva el consentimiento de la obligación contenida en el título, que consiste en la entrega de los bienes o en la recepción de los mismos, y en la prestación del servicio, lo cual indica, en este segundo caso, que la conformidad se otorgará desde el momento en que el servicio ha sido satisfactoriamente prestado. El tercero que reciba este título no puede ver cuestionado su derecho a cobrarlo, al amparo de la autonomía y abstracción de la obligación.

En cuanto a la solidaridad de pago, las personas que intervienen en el título son solidarias en su pago, y sólo asumen responsabilidad por el pago del monto señalado en la Factura Conformada, más los importes por concepto de costos y gastos, pero no asumen ninguna de las obligaciones que correspondan al comprador o adquirente.

Podría concluirse diciendo, en cuanto a este tema, que la factura conformada representa la existencia de una operación comercial cierta, real y exigible, lo cual la convierte en un título de plena confiabilidad, permite la circulación de títulos representativos de negocios efectivamente realizados, que sirven como indicadores de la real solvencia de los empresarios contribuye a satisfacer la demanda de créditos a corto y mediano plazo, necesarios para el desenvolvimiento de la actividad

productiva. Facilita y ordena el tráfico mercantil, en razón de que inducirá a los agentes, adquirir lo que estimen poder pagar en el plazo convenido, quedando por este instrumento como obligado directo, responsable ante el acreedor.

b) La letra de cambio y el pagaré

La letra de cambio y el pagaré son los instrumentos en los cuales consta la obligación que será trasmitida a la empresa de factoring y representan la obligación crediticia. En tanto tienen la calidad de títulos valores gozan de la aplicación de la ley de la materia, al igual que la factura conformada. Cabe entonces tener presente las reglas de su circulación. Así, por ejemplo, en el caso de las letras de cambio que se originen en negocios causales, estas son trasmitidas a la empresa de factoring en virtud del endoso, lo cual requiere de la firma en el reverso y la entrega de la letra de cambio, lo cual también sucede si se trata de un pagaré; sin embargo, en cuanto a la regla de su circulación, habrá que tener presente que en el caso que se trate de un factoring sin retorno, este título deberá contar con la cláusula sin responsabilidad o equivalente, pues se trata de operaciones en las cuales no existe acción de regreso contra el descontante, pues precisamente se acude a la empresa de factoring para que esta asuma el riesgo de la cobranza. Distinto será el caso en que no opere propiamente la modalidad antes mencionada, y se entreguen los títulos con el endoso en procuración, en cuyo caso, el descontante o endosante asume el riesgo por la falta de pago de la obligación contenida en el título. He aquí, pues, una gran diferencia en el trato del documento sujeto a negociación. En el caso que no exista acción de regreso, se supone que estamos frente a un contrato de factoring típico, en el cual la empresa de factoring, en base Al estudio del mercado, ha asesorado a su cliente para que venda sus productos contra documentos determinados y a clientes determinados en los plazos indicados por la empresa de factoring. En la medida que se respete dicho presupuesto, la empresa de factoring asume el riesgo de la cobranza, pues esta es la razón del contrato; de lo contrario, estaríamos simplemente ante un contrato de descuento de documentos. Resulta entonces determinante incorporar la cláusula de intransferible o sin responsabilidad para liberar al endosante en el caso que un tercero adquiera dicho documento, pues de no limitar la transmisión y producirse la transferencia del título al tercero (tenedor legitimo) lo ampara la autonomía y abstracción del título valor en su circulación, no así cuando el título contiene la cláusula limitativa de la circulación, en cuyo caso el deudor puede hacer valer al tenedor las mismas excepciones que tendría ante el acreedor originario. Por lo dicho, resulta determinante dar el tratamiento adecuado a los títulos valores que sean utilizados en los contratos de factoring.

c) La factura comercial

Es otro elemento que puede utilizarse en la contratación del factoring. En efecto, la factura comercial no es un título valor, por ello vemos con mayor simpatía a la factura conformada. En el caso de la factura comercial, será posible utilizarla

como elemento probatorio del negocio factoral, sin embargo, estará sujeta a los efectos de su transmisión mediante la cesión de derechos, en donde será requisito notificar al deudor cedido la transmisión del crédito. En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto por el art. 1207 del Código Civil que señala que la cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Asi como que, cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.

9. MODALIDADES DEL CONTRATO DE FACTORING

De manera uniforme y acudiendo a los antecedentes históricos, la doctrina ha clasificado las distintas modalidades en que se pueden celebrar contratos de *factoring*, ello en razón de los compromisos que asumen las empresas de arrendamiento financiero y el factor.

a) Por su evolución histórica

El Factoring se puede clasificar en: *colonial factoring, old line factoring* y *new style factoring.*

El llamado *colonial factor*, desde el punto de vista de su evolución,[28] desempeñaba su tarea comercializadora respondiendo de la solvencia del deudor. A fin de cuentas el comitente-exportador radicado en Inglaterra difícilmente iba a conocer las características de los nuevos mercados, sino a través de la solvencia que le mereciera su comisionista. Este conseguía clientes para los productos de aquel, pero respondiendo del riesgo derivado de la falta de pago de los compradores de productos. Todo ello a cambio de una remuneración cifrada en una comisión. No se diferenciaba, según esta práctica, de la más que conocida comisión de garantía.

Para Leyva Saavedra[29] en el *colonial factoring* el factor era un simple distribuidor o *seilling agent* de los fabricantes ingleses de tejidos y, posteriormente, de otros productos. La función del factor era comercializar las mercaderías en los mercados de las colonias inglesas en América, por la que cobraba una comisión. En muchos casos, el factor asumía la calidad de garante de los compradores, ya que insertaba en los contratos de comisión una cláusula llamada *star del credere*, que le hacía responsable del cumplimiento.

Luego, el factor no se dedica a buscar clientes para colocar los productos del exportador inglés (ahora sería éste quien los buscase), sino que su tarea recae en procurar la liquidez de las facturas, corriendo o no con los riesgos derivados del impago de éstas (si es que estamos hablando del *factoring propio o impropio).*

---

[28] Ramón VÁSQUEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 1205.

[29] José LEYVA SAAVEDRA, «El contrato de factoring», en *Revista de los Negocios*, Nº 110, Madrid, noviembre 1999.

Por lo tanto, la comisión de garantía deja paso a la gestión de cobro como actividad principal del *factoring*.

De todas maneras, y dentro de este estadio histórico, el factor podía, incluso, anticipar a su exportador parte de las facturas que le había confiado, por el procedimiento jurídico que fuese, convirtiéndose de este modo en financiador, en más o menos, del comerciante metropolitano.

En este concreto caso, estaríamos en presencia de lo que se ha dado en llamar *conventional factoring*.

En el *Old Line Factoring* la actividad de las empresas *de factoring* está limitada a comprar los créditos de las factoradas, asumiendo el riesgo del incumplimiento o insolvencia de los deudores de esos títulos. El fundamento jurídico de esta operación reside en una cesión crediticia por la que la empresa de *factoring* renuncia a todo recurso contra las empresas cedentes. Eventualmente la empresa de *factoring* presta servicios de financiamiento, información de mercados, etc.

El *New Style Factoring* incorpora a la gama de servicios tradicionales otros que lo hacen más útil y atractivo. En esta modalidad, la empresa de *factoring*, además de asumir la gestión y los riesgos de incumplimiento e insolvencia de los deudores, se obliga a prestar a las empresas cedentes una amplia gama de servicios financieros, lo que acerca a estas empresas a las instituciones bancarias.

b) Por su contenido

El *factoring* se clasifica en *factoring* con o sin financiación:

En el *factoring* con financiación el cliente pide a la empresa de *factoring* el pago inmediato de las facturas que remite, cualquiera fuere la fecha de vencimiento, como contrapartida por la movilización inmediata, parcial o total de las facturas; la sociedad de *factoring* cobra interés por el plazo que falta para su vencimiento. En esta modalidad el cliente obtiene liquidez, sin tener que esperar el vencimiento de los créditos para hacer caja. Para el factor el beneficio está en los intereses que cobra por la financiación. El *credit-cash factoring* (también llamado «discouting factoring») es aquél en el que el servicio de financiación es esencial y prevalece sobre todos los demás. Se asemeja mucho, por ello, al descuento bancario, aunque incluyendo, también, los servicios de gestión propios de la facturación.

En el *factoring* sin financiación, conocido también como *maturity-factoring o factoring* al vencimiento, no hay asistencia financiera y, por tanto, el importe de los créditos no se anticipa. La empresa de *factoring* le desembolsa al cedente al vencimiento de los créditos cedidos. En el *factoring* sin financiación prevalecen los ya conocidos servicios de asistencia técnica, contable y administrativa.

La empresa de factoring se compromete a pagar las facturas sólo en la medida en que los deudores de la empresa facturada cancelen sus deudas en los plazos convenidos. El factor no asume aquí el riesgo de cobrabilidad, y en consecuencia, no percibe la comisión por este riesgo. En esta modalidad la empresa de *factoring* no asume el riesgo de la cobranza por cuyo motivo la factorada no paga comisión por el riesgo de créditos incobrables. Esta modalidad ocurre cuando los deudores de la empresa factorada son clientes de reconocida solvencia por lo que resulta innecesario para ella acogerse a la cobertura del riesgo de insolvencia. Pero en verdad esta modalidad desnaturaliza la función del *factoring*, pues convierte al factor en un gestor de cobranza ya que no adelanta el importe de las facturas; y llegado su vencimiento, si el cliente no paga, el factorado no recibe suma alguna.

c) Por su forma de ejecución

El contrato de facturación puede celebrarse con notificación a los deudores del facturado, o sin ella.

En el *factoring* con conocimiento el cliente debe hacer constar, en las facturas que emite, el nombre del factor y la facultad de que goza para cobrarlas o ejecutarlas judicialmente. Es importante señalar, asimismo, que el factorado se obliga a no admitir de sus clientes ningún pago directo, en el entendimiento de que todo debe ser canalizado a través del factor. En esta modalidad se busca asegurar que el deudor del cliente tenga conocimiento y asuma el compromiso de pagar a la empresa de *factoring*. Un instrumento que facilita esta modalidad es la factura conformada, pues en el mismo título aparece la conformidad del deudor de haber recibido la mercadería, la misma que se encuentra afectada con prenda en favor del tenedor del título. La característica de este instrumento es que es útil cuando se negocian bienes, pues no está concebido para instrumentar deudas por servicios.

En caso de existir notificación la empresa facturada debe dejar constancia en toda factura enviada a sus clientes que el crédito ha sido cedido a la empresa de *factoring*, quien será en adelante el único legitimado a recibir el pago. Cedidos al factor los derechos derivados de la facturación, el deudor originario del factorado puede liberarse de su obligación efectuando el pago a este último, ya que la cesión de los derechos al factor produce efectos respecto del deudor cedido, sólo una vez que ha sido notificado éste de la cesión. Lo mismo ocurre con relación a otros interesados, con el agregado de que es necesario, respecto de éstos, la notificación por acto público.

La comunicación no reviste mayor formalismo, se suele dar por ciertos mecanismos como:

- La obligación contractualmente asumida por la factorada, de incluir en todas sus facturas una «leyenda-tipo», indicando que ellas han sido cedidas a la empresa de *factoring*, con mención de su nombre y domicilio, y la

prevención de que sólo habrán de tener efectos liberatorios los pagos que se le efectúen a él.

- La entrega de una carta formulario en el momento de la transferencia por parte del factorado al factor, prerredactada y provista en su momento por el primero a éste, en donde se detalla la cesión por parte del deudor cedido.
- Otra forma, de onerosidad es mediante el empleo de la llamada «carta-documento». El artículo 4 de la Res. SBS. Nº 1021-98 precisa: «La operación de factoring debe realizarse con conocimiento de los Deudores, a menos que por la naturaleza de los instrumentos adquiridos, dicho conocimiento no sea necesario. Se presumirá que los Deudores conocen del factoring cuando se tenga evidencia de la recepción de la notificación correspondiente en sus domicilios legales o en aquéllos señalados en los Instrumentos, o cuando mediante cualquier otra forma se evidencie indubitablemente que el Deudor conoce del factoring.»

En el *factoring* sin conocimiento del factor por parte de los deudores, el pago de las facturas de los deudores se hace directamente al cliente y los servicios que presta el factor se limitan a asesoría comercial, una eventual financiación, y la cobertura del riesgo de insolvencia.

El *undisclosed factoring*, denominado también *money withoutborrowing*, originario de Gran Bretaña, se caracteriza también por mantener en reserva la celebración del contrato. Su mecanismo, sin embargo, es completamente distinto al del «factoring sin conocimiento». En el «undisclosed factoring» se realizan dos contratos: el primero es una venta de mercaderías del cliente a favor del factor; en el segundo contrato el factor, dueño de la mercadería, nombra al cliente como su comisionista y encargado del cobro. Se trata de una operación de financiación, puesto que el cliente, al vender sus mercaderías al factor, ha cobrado su importe al contado.

d) Por la asunción del riesgo

El *factoring* puede ser con recurso y sin recurso. En el contrato de *factoring* con recurso la empresa de *factoring* garantiza el riesgo por la insolvencia del deudor de los créditos cedidos. En el *factoring* sin recurso la empresa de *factoring* asume el riesgo de insolvencia del deudor, no así cuando el incumplimiento se haya producido por otras causas, como mercancías en mal estado, no acorde con el pedido, etc. La cobertura del riesgo es generalmente por la totalidad de la deuda contenida en el título.

Bajo la modalidad del *factoring* con recurso, la empresa de *factoring* se compromete a pagar los créditos adquiridos en un determinado importe fijado en el contrato sea –al vencimiento de cada factura o en una fecha determinada–, con independencia de que los deudores del cliente cancelen o no sus deudas. La

empresa de *factoring* acepta la transferencia de los créditos con sus riesgos. Esta modalidad es conocida también como *factoring* sin recurso (sin recurso contra el factorado), salvo dolo o negligencia grave del factorado.

La asunción de este riesgo por parte de la empresa de *factoring* puede ir acompañada de cláusulas que le permitan seleccionar los créditos antes de adquirirlos, con la facultad de rechazar los que presume incobrables. También pueden pactarse, en estos casos, condiciones a las que debe ajustarse el factorado al otorgar créditos, por ejemplo, exigiendo la previa conformidad del factor. Si la empresa de *factoring* acepta asumir este riesgo, estará a su cargo la realización de los trámites judiciales y extrajudiciales necesarios para lograr el pago por parte de los deudores cedidos.

Para Ghersi, en el *factoring* el factorado de buena fe siempre queda liberado en caso de insolvencia de los deudores: «Podemos decir que en el *factoring* hay una venta lisa y llana de los créditos otorgados por las empresas comerciales en razón de la venta de sus productos. De manera que siendo una venta, el factorado no se constituye en deudor del factor, y a su vez, deja de ser acreedor del deudor cedido. En la operación de descuento, en cambio, el cedente se constituye en deudor del banco, mientras el deudor cedido no haya satisfecho el crédito. Son ambos solidariamente responsables. En nuestra opinión, si no se pacta expresamente, la empresa de *factoring* podría repetir contra el factorado el adelanto financiero que le hubiera hecho, pero la diferencia con el descuento radica en que el deudor cedido y el factorado no son solidariamente responsables ante la empresa financiera.

e) Por la jurisdicción

En atención a la jurisdicción a la cual se someten las partes por razón del domicilio, nos encontramos ante el *domestic factoring* o *el international factoring*. En el primero, llamado las empresas vendedora y compradora, es decir, la acreedora y la deudora tienen sus domicilios legales o sedes administrativas en el mismo país donde opera la empresa de *factoring*. En el segundo, por el contrario, una de las partes contratantes se encuentra fuera del territorio donde opera la empresa de *factoring*, lo que da lugar a los factoring de exportación o de importación.

f) Otras modalidades están constituidas por el drop shipment factoring *o* mil agent factoring*; el* split factoring*, el* split risk factoring*, y el* factoring by exception.

En la primera de estas modalidades (*drop shipment factoring*) el empresario encarga a un fabricante la manufactura de determinado producto que él mismo no está en condiciones de producir, y a un factor la gestión de las ventas.

En la modalidad de *split factoring* dos o más empresas de *factoring* comparten los créditos de un único cliente; en el *split risk factoring* se supone la existencia de un solo factor, pero pactándose que el riesgo sobre la insolvencia de los deudores

sea compartido entre éste y el cliente; y en el *factoring by exception* el factor no adquiere los créditos de una manera global, sino únicamente aquellos que se encuentran vencidos, y con un riesgo de cobro mayor. Esta misma figura se conoce también como *selective transfer credit* cuando el contrato no incluye financiación. En este último caso cabe advertir que la disposición de la Superintendencia de Banca y Seguros que regula las operaciones de *factoring* en el Perú, dispone que «Las operaciones de *factoring* no podrán realizarse con instrumentos vencidos.» (art. 2, Res. 1021-98).

10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO

10.1 Obligaciones del cliente

a) Universalidad

En base al llamado principio de globalidad está sujeto a la obligación de *someter al factor todos los pedidos o colocaciones hechos por los compradores* (ventas). Desde luego, cabe pacto distinto (artículo 1354 del Código Civil peruano). Resulta oportuno señalar que la Resolución Nº 1021-98 de la Superintendencia de Banca y Seguros dispone, en su artículo 11, las obligaciones de orden legal que, por lo menos, debe cumplir el cliente, y entre ellas no se indica la cesión de todos sus créditos, lo cual indica es posible que las partes pacten respecto a la obligatoriedad de entregar la totalidad de sus ventas, una parte de estas, o solamente las calificadas previamente y en forma favorable por la empresa de *factoring*. Es más, abundando en razones de orden estrictamente legal, el inciso 2 del artículo 11 de la citada resolución precisa que es obligación del cliente «transferir a la empresa de *factoring* los instrumentos en la forma acordada o establecida por la ley.» No se indica pues si es su totalidad o parte de ellos, y por otro lado permite el acuerdo entre las partes en cuanto a su forma de transmisión.

En realidad lo natural en este contrato es que conjuntamente con el servicio de financiamiento se otorgue el servicio de la calificación del cliente del deudor, a fin de que, establecida la cartera del factor, la empresa de *factoring* se comprometa a recibir el íntegro de los instrumentos colocados en los clientes calificados por la propia empresa de *factoring*. No sería lógico que, calificada la cartera por esta empresa, luego, no admita los instrumentos. Igual reciprocidad debe existir pues respecto del cliente hacia la empresa de transferir la cartera seleccionada.

Además, para los créditos futuros que surgirán de contratos ya estipulados o en curso de ejecución, el cliente se debe obligar a entregar al empresario de *factoring* copia del contrato y de los documentos complementarios.

Es una obligación esencial la cesión de sus créditos. En el Perú la transferencia de créditos se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1206 a 1217 del Código Civil. Cabe señalar que los créditos que se ceden son los originados por las operaciones del cliente (empresa) y no cualquier clase de créditos. Por lo general, el cliente está en el deber de informar a su clientela la celebra-

ción del contrato con el factor. Además, en todas las facturas que se emitan se debe incluir la cesión, lo cual produce, a su vez, el conocimiento de cada comprador o usuario acerca de la realización del crédito.

La cesión es una figura autónoma, que no tiene conexión a un determinado tipo contractual, está desvinculada, por tanto, de la compraventa.

La cesión de créditos sólo podría producir efectos traslativos puros cuando fuese acompañada de un título jurídico que el ordenamiento considere válido con esta finalidad.

La causa de la cesión de créditos, instrumentada en un contrato de *factoring*, no sería precisamente la compraventa de los mismos. El interés del cesionario no es tanto la adquisición de tales créditos, sino conseguir la remuneración a consecuencia de las prestaciones realizadas, y que carecería de respaldo contractual sin la cesión de tales créditos.

El interés del cliente descansa en la obtención del pago de las mercaderías o servicios que ha prestado a sus deudores, todo ello a cambio de un precio con el que busca mejorar su situación financiera, y, en el caso particular de que con la cesión se transmita, asimismo, el riesgo de insolvencia.

La causa de la cesión hay que buscarla en la financiación, antes que en la adaptabilidad de la compraventa a este caso concreto, que es el argumento esgrimido por otra línea doctrinal en sentido contrario (García de Enterría), que entiende que la cesión supone un mecanismo más qué adecuado para está peculiar compraventa, y la empresa de *factoring* adquiere los créditos, por la cesión, para obtener la remuneración de sus servicios financieros.[30]

La *formalidad de la cesión se* lleva a cabo por la entrega de las facturas representativas de los créditos cedidos en forma de remesa, y la justificación de la realidad de la operación, constancia de entrega o prestación del servicio conformado por la contraparte.

b) Garantizar la existencia, exigibilidad y vigencia de los instrumentos al tiempo de celebrarse el factoring

El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto. El artículo 1212 del Código Civil peruano, norma que se mantiene uniforme en la legislación comparada, estipula que «El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto». Las condiciones generales de los contratos de *factoring* regulan de forma detallada las garantías del cedente en relación con los créditos cedidos.

---

[30] Ramón VÁSQUEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 1217.

En primer lugar, se estipula que el cliente garantiza que los créditos cedidos son o serán ciertos, líquidos y exigibles al vencimiento.

También garantiza el cliente que el importe de los créditos cedidos es o será incontestablemente debido por el deudor como precio de mercancías o bienes efectivamente suministrados, o de servicios efectivamente realizados; y que ha cumplido o cumplirá exacta y puntualmente los contratos de los que han surgido o surgirán los créditos.

Además, el cliente garantiza que es o será único legítimo titular de los créditos, los cuales son o serán legítimamente transmisibles y no sujetos a embargo ni a ningún otro vínculo a favor de tercero.

También se establece que el cliente garantiza que el deudor no tiene, en el momento de la cesión, créditos que se puedan compensar con los créditos cedidos.

En cuanto a la garantía de la solvencia del deudor, se aplica a las cesiones instrumentadas en el contrato de *factoring* el artículo 1213 del Código Civil que señala que: «El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.» No obstante precisión de la norma, la ley permite el pacto en contrario. En la legislación italiana el artículo 1267 del Código Civil guarda relación con el enunciado del Código Civil Peruano, sin embargo al regular la cesión de créditos de empresas, el artículo 4 de la Ley 52/91 establece que el cedente garantiza, en los límites del precio pactado, la solvencia del deudor, salvo que el cesionario renuncie, en todo o en parte, a la garantía. Tal norma no ha hecho más que recoger el sistema que era común en la práctica del *factoring*.[31]

La asunción por el cliente de las garantías indicadas significa que si el crédito no es pagado al vencimiento por la consecuencia de alguno de los supuestos garantizados del crédito, que no es cierto, o no es exigible, o se alega incumplimiento del contrato del que ha surgido el crédito, o un tercero tiene mejor derecho sobre el crédito, el cliente debe restituir a la empresa de *factoring* los anticipos, los intereses hasta la fecha de la restitución, los gastos y los daños. También está obligado el cliente a tal restitución, aunque todavía no haya vencido el crédito, si desaparecen las garantías indicadas, o si se puede razonablemente presumir que el deudor no pueda cumplir sus obligaciones.

Cuando tiene lugar la restitución de las cantidades indicadas, el crédito es transmitido al cliente (retrocesión), salvo que éste solicite, a su costa, a la empresa de *factoring* dejar que ejercite las acciones necesarias para la recuperación del crédito. La retrocesión es automática, sin que sea necesario un negocio para realizarla.

---

[31] *Id.*, 119.

En caso de que el cliente no cumpla con la restitución de las cantidades que deba, la empresa de *factoring* tendrá la facultad de actuar sea contra el cliente sea contra el deudor, y podrá estipular transacciones con el deudor, o realizar cualquier *otra acción* oportuna para conseguir las cantidades que se le *deban.*

c) Notificar la realización del factoring *a sus deudores, cuando sea el caso.*

Esta obligación nace de la misma Resolución Nº 1021-98 ya comentada, por lo que existe la obligación de comunicar al deudor, en las formas más idóneas, la realización del contrato de *factoring*, que puede cumplirse en la anotación que se haga en el instrumento materia de negociación. La cesión realizada debe hacerse constar, en todo caso, mediante expresa anotación en las facturas correspondientes a los créditos cedidos.

Al respecto, el artículo 1215 del Código Civil peruano establece que: «La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.» En similar posición se encuentra el Código Civil italiano cuando, en su artículo 1.264, precia que para que la cesión sea eficaz frente al deudor, debe hacerle conocer la cesión para que sólo sea liberatorio el pago que realice al cesionario.

d) Recibir los pagos que efectúen los deudores y transferirlos al factor, cuando así lo haya convenido con éste

El cliente se obliga a que los pagos de los créditos cedidos se realicen exclusivamente a la empresa de *factoring*, absteniéndose de cualquier iniciativa tendente al cobro. Si tienen lugar erróneamente pagos de los deudores al cliente, éste está obligado a transmitir inmediatamente a la empresa de *factoring* las sumas y los títulos recibidos.

Además, el cliente se obliga a no modificar, con los deudores, las condiciones de venta o de prestación de servicios, a no acordar reducciones de precio, dilaciones de pago, restitución de mercancías, y a no estipular transacciones con los deudores, sin el consentimiento por escrito de la empresa de *factoring.*

e) Informar y cooperar con el factor. Esta información y cooperación con el factor tiene por finalidad permitir la mejor evaluación de su propia situación patrimonial y comercial, así como la de sus deudores y proporcionar toda la documentación vinculada con la transferencia de instrumentos.

El cliente se obliga a permitir que la empresa de factoring en cualquier momento, controle e inspeccione su empresa y su contabilidad. Sin embargo, tales controles e inspecciones no se realizaban en la práctica, porque no son del agrado del cliente. Además, había surgido la controversia sobre si basta con controlar los documentos que se refieren a los créditos cedidos, o si es necesario un control sobre todos los documentos contables del cliente, y si el ejercicio de un

control tan amplio pudiese dar a conocer a la empresa de *factoring* datos de los que podría aprovecharse para ejercer una influencia dominante sobre la empresa del cliente.

La colaboración se plantea en términos más restringidos. En primer lugar cabe redactar una cláusula genérica por la cual el cliente se obliga a colaborar con la empresa de factoring, dándole por propia iniciativa toda noticia de relieve que tenga sobre la solvencia de los deudores cedidos, cualquier excepción de éstos, pretensión de medida judicial o extrajudicial.

Además, el cliente debe proporcionar, a su propia costa, a la empresa de *factoring,* cuando éste lo solicite, copias y extractos, incluso de los documentos contables en cualquier forma concernientes a la relación de negocios. En el Derecho Comparado se ha atenuado la facultad de la empresa de *factoring* respecto de esta facultad de control, limitándola a la posibilidad de solicitar y obtener copias y extractos de aquellos documentos contables que guarden relación con el contrato *de factoring.*

También se obliga el cliente a firmar, cuando el empresario *de factoring* lo solicite, cualquier documento que atestigüe la cesión del crédito y las eventuales garantías existentes, que sea útil para el cobro de los créditos y de las sumas accesorias, sea en vía judicial o extrajudicial.

Esta obligación se concreta de diferentes formas, como son comunicar al factor sobre cada una de las operaciones que realiza, enviándole la documentación que corresponda; darle a conocer al mismo factor su situación financiera y permitirle el acceso a su contabilidad. Además debe el cliente notificar los pagos directos hechos por sus compradores o usuarios y, en suma, comunicar al factor toda noticia que de algún modo altere la valoración del riesgo asumido, incluyendo la solvencia del deudor cedido.[32]

f) Retribuir al factor por los servicios adicionales recibidos

El cliente o factorado tiene la obligación de remunerar los servicios prestados por la empresa de *factoring*, esto es, el pago del precio convenido que es usualmente una comisión por el manejo de la información, y separadamente se fijan los intereses cuando existe financiación, al margen de la retribución por los anticipos que conllevan el financiamiento.

La remuneración consiste en una comisión sobre el valor de los créditos cedidos, cuyo importe varía en función de varios factores (prestaciones y servicios que realiza la empresa de *factoring,* tipo de actividad económica ejercitada por el cliente, importe medio de cada factura, volumen de negocios, plazo de vencimiento de los créditos cedidos).

---

[32] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 75.

10.2. Obligaciones de la empresa de factoring

Las obligaciones de la empresa de *factoring* nacen de la ley, en la medida que la Resolución Nº 1021-98 de la Superintendencia y Banca y Seguros lo señala en su artículo 8, calificando los requisitos mínimos, en la medida, por supuesto, que se concerte la obligación, sea de financiamiento, de información o de otro servicio. El dispositivo en mención precisa que el factor asume, por lo menos, las siguientes obligaciones: adquirir los instrumentos de acuerdo a las condiciones pactadas; brindar los servicios adicionales pactados; pagar al cliente por los instrumentos adquiridos; y asumir el riesgo crediticio de los deudores.

a) Cobrar los créditos

Deberá cobrar los créditos que le han sido cedidos por el cliente, nada prohíbe que conceda prórrogas para el pago e inclusive establecer nuevas obligaciones con los deudores (novación). Sin embargo debe tenerse presente que en el caso de una operación sin recurso o sin acción de regreso el cliente no tiene facultades para negar la extensión del plazo otorgado por la empresa de *factoring*, pues se supone que dicha empresa previamente adelanto los recursos y la liquidez al cliente.

El empresario de *factoring* se obliga a cobrar los créditos cedidos. Si hay retardos o irregularidades en los pagos de algunos deudores, debe realizar las gestiones para el cobro con los procedimientos pertinentes.

La empresa de *factoring* tiene que pagar la cantidad resultante luego de deducir el valor nominal del crédito y todas las cantidades que, por cualquier título, retenga el deudor en el acto del pago.

El precio deberá pagarse en la fecha pactada y, en su defecto, en el momento en que se cobre cada uno de los créditos, salvo lo previsto para el supuesto en que la empresa de *factoring* haya asumido el riesgo de insolvencia del deudor.

Las partes pueden convenir que el empresario de *factoring* anticipe, en todo o en parte, el precio debido por los créditos cedidos.

Sobre los anticipos se pagan los intereses que las partes estipulen en las condiciones particulares, computándose desde la fecha del anticipo hasta el momento del cobro de los créditos o en la fecha convenida por las partes.

b) Financiación

En los casos en que existe financiación debe hacerle al cliente las entregas comprometidas. Es usual que en el contrato se deje esta posibilidad abierta, funcionando cuando así lo solicita el cliente. Deberá efectuar el pago de las facturas que ha aprobado. Recordemos que en este aspecto existe la modalidad del *factoring* con financiamiento y sin financiamiento. La aprobación puede referirse a cualquiera de los dos casos.

Bajo el sistema de anticipo se pone a disposición del cliente, de forma inmediata o a medida que éste lo va requiriendo, una porción elevada del importe neto de los créditos transmitidos. El resto se destinaría a constituir lo que se llama un fondo de garantía cuya finalidad es la cobertura de las eventuales responsabilidades del cliente. A este fondo iría una porción de las liquidaciones, que se corresponden con la parte de los créditos que no hubiesen sido anticipados, hasta un límite determinado.

c) Calificación del deudor del cliente

Proceder a los servicios de investigación sobre la solvencia de los deudores incluyendo su capacidad de crédito.

d) Asumir el riesgo crediticio de los deudores

Asumir el riesgo de la insolvencia de los deudores, así como cubrir el importe de las facturas no canceladas por ellos, si hubiese sido expresamente pactado. Esta es una de las razones por las cuales es necesario utilizar la forma escrita para la celebración de estos contratos.

El cedente responde de la solvencia del deudor cedido, salvo que el cesionario renuncie, en todo o en parte, a tal garantía. La renuncia a la garantía, es decir, la asunción por el cliente del riesgo de insolvencia del deudor cedido, se determina con la aprobación expresa o renuncia expresa a este derecho. Se ha dicho que puede ser expresada en cada caso, lo cual es natural, lo normal es que la empresa de *factoring* asuma el riesgo de la cobranza, toda renuncia debe ser expresa para cada caso. Se debate si esta renuncia puede ser genérica y como condición de contrato. Al respecto, considerando el tenor del artículo 8 de la Resolución Nº 1021-98 ya comentada, la empresa de *factoring* debe asumir el riesgo como condición mínima del contrato, no puede contratar por debajo de dicha condición. La forma, modalidad y oportunidad en que asume el riesgo puede ser fijado de común acuerdo entre las partes; puede barajarse límites racionales por grupo empresarial, por período de vencimiento de las obligaciones o por cantidades globales.

La asunción del riesgo por la empresa de *factoring* tiene lugar previa solicitud expresa del cliente, y se configura como una facultad de la empresa, que deberá comunicar su decisión por escrito, indicando el importe del límite y las demás condiciones en las que asume el riesgo. La asunción del riesgo comienza a correr desde a fecha de la comunicación de la respuesta de la empresa de *factoring*, o desde la fecha que se indique expresamente.

El riesgo que asume la empresa de *factoring* es la falta de pago del crédito cedido. Se refiere al riesgo de la insolvencia en el pago de los instrumentos cedidos, no por otras obligaciones que no forman parte del contrato. Si bien se otorga una calificación del deudor cedido, dicha calificación no produce efectos para otras relaciones que pueda tener el deudor cedido con el cliente y de la cual resulte

perjudicado el cliente por la insolvencia del deudor. En este caso habría que atender a la tenencia de los títulos de crédito sobre los cuales se corre el riego. Existen supuestos de incumplimiento que no pertenecen al ámbito del contrato de *factoring*.

El riesgo asumido por la empresa de *factoring* retorna al cliente cuando desaparezcan las garantías a las que éste se obliga respecto a los créditos cedidos, o cuando incumpla otras obligaciones que asume en el contrato.

El factor está obligado a llevar la contabilidad en las ventas del cliente, así como la cuenta corriente de los créditos y débitos surgidos como consecuencia de las recíprocas obligaciones de los contratantes. Esta obligación será pertinente para el tipo de servicio contratado.

Igualmente asume el deber de información en beneficio del cliente indicándole cuales han sido las facturas canceladas por los deudores, así como el estado de la cuenta entre las partes.

11. VENTAJAS PARA LAS PARTES

11.1 El cliente saca provecho de esta figura contractual desde distintos ángulos, así:

a) Crediticiamente

Tiene la posibilidad de conceder crédito en sus operaciones comerciales, aumentando de ese modo el volumen de las mismas. Ventaja que está en función de la calificación de los potenciales deudores del cliente, pues la empresa de *factoring* deberá participar en este contrato previendo la situación patrimonial y financiera de los potenciales deudores del cliente de *factoring*. Identificado al deudor potencial, el cliente estará en condiciones de otorgarle crédito con la seguridad que los instrumentos en los cuales se materialice serán materia de una operación de *factoring* que permitirá la expansión de su mercado y de su producción.

La financiación a otorgar por la empresa de *factoring*, no se sustenta en la calificación del factor o cliente de *factoring*, sino en la calidad del sujeto-deudor del cliente; el sujeto de crédito verdadero es el deudor del cliente y no el cliente; lo será este último si es que en la magnitud de los documentos por cobrar se mantiene la acción de regreso de los instrumentos negociados, o se contrata el *factoring* con recurso. Se califican a varios sujetos, a los clientes del cliente factorado, se procura así la diversificación del riesgo. Si la empresa de *factoring* contrata bajo el modo del otorgamiento de la financiación se obliga a adelantar el pago de facturas, y tiene el derecho a cobrar una retribución, además del costo financiero que es de cargo del factor.

La confianza en que las ventas que realice se verán compensadas en la medida que se trata a sus cobranzas como una unidad de facturación; se puede sectorizar

el mercado en función de los deudores que tenga el factor. Lo que es mejor aún, al tratar a las facturas en su integridad se disminuyen costos en el manejo de la cobranza, y la empresa de *factoring* se obliga a garantizar el pago de las mismas, liberando del riesgo del incumplimiento en el pago por parte de los deudores. El cliente factorado, tiene la confianza y la seguridad que todas las facturas que reciba del cliente calificado serán admitidas por la empresa de *factoring*.

b) Liquidez

El anticipo de fondos otorga liquidez al cliente facturado, dicho anticipo se realiza con cargo a los créditos que el cliente le ha cedido. Este último es titular del crédito cedido y podrá transferirlo o cobrarlo a su vencimiento. Se convierten las ventas de crédito en ventas de contado; se obtiene un capital de trabajo sin endeudamiento; se provee a la empresa de una estructura financiera más sólida, dando una mejor rotación de sus activos monetarios, se cuenta con liquidez disponible para ponerla a trabajar de inmediato en su propia actividad.

En lo que se refiere a las labores administrativas del cliente facturado, queda relevado de sus labores de administrar su cartera de cobranzas; la entidad especializada lo hace por él; el cliente sólo concentra sus esfuerzos en producir. El manejo y control de los documentos, es decir, el trato que debe de tener, el cuidado para exigir el pago a su vencimiento, la oportunidad para presentarlos al pago, la formalidad que deben observar ante la falta de pago, etc. La emisión de los instrumentos cuando se produzca la entrega de mercadería, incluyendo la emisión de facturas o comprobantes de pago.

La labor contable puede ser incluida dentro de las obligaciones de las empresas de *factoring* como un servicio adicional que se brinda al cliente; en tal caso se suele admitir que los libros contables y auxiliares en los que se registren las ventas del cliente, son usualmente llevados por el factor; ello facilitado por el hecho que casi la totalidad de las ventas generadas por el cliente son efectuadas con participación del factor, pudiendo en ocasiones inclusive ser tal servicio de administración o registro contable integral en favor del cliente.[33]

Sin embargo, es importante señalar que, en materia societaria, las leyes que regulan esta materia, en el caso de la Ley General de Sociedades de Perú (Nº 26687), el gerente general de la sociedad tiene una responsabilidad objetiva recogida en el artículo 190, cuando señala que: «...El gerente es particularmente responsable por: 1. La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante; 2. El establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para proveer una seguridad razonable

[33] Rolando CASTELLARES, *op. cit.*, p. 617.

de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente; ...7. La veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad...», todo lo cual nos hace reflexionar sobre el grado de confiabilidad que se deposita en la empresa de *factoring* cuando se le traslada internamente la responsabilidad de llevar los libros del cliente factorado. En tal caso, la responsabilidad ante los accionistas no se puede eludir mediante el contrato de *factoring*, en todo caso la empresa deberá asumir su responsabilidad por los daños que ocasiones al cliente factorado.

d) Otros servicios

Generalmente las empresas no acuden a servicios especializados en forma regular, solo lo hacen cuando es necesario justificar una nueva inversión o una expansión de sus actividades. Esta oportunidad en las empresas medianas y pequeñas se da esporádicamente, sin embargo el contrato de *factoring* le permite estar permanentemente informado del comportamiento del mercado, de sus clientes potenciales, de sus clientes actuales, informándose sobre su comportamiento comercial y controlando así el riesgo en la venta de sus productos; igualmente será útil evaluar la rentabilidad y productividad de cada producto y de la línea de producción, así como la asesoría en política de ventas, es decir, toda una serie de actividades que no tienen por qué cargarse como un costo fijo de la empresa sino que se presta a través de terceros que están comprometidos con el cliente factorado en la medida que otorgan un financiamiento anticipado sobre la colocación de sus ventas. Es de interés de la empresa de *factoring* analizar a su cliente en particular, como los clientes de sus clientes, para evaluar el riesgo que asume y, de ser el caso, sugerir la disminución de los plazos en las ventas a crédito, sea en forma coyuntural o definitiva.

11.2 Para la empresa de factoring

La empresa de *factoring* se encuentra beneficiada desde el momento en que puede tener acceso a la cartera de clientes del cliente factorado, el provecho lo obtendrá permitiéndole conocer el mercado del cliente y así ampliar el universo de su cartera con estos terceros que comercian con el cliente. Apreciará el grado de cumplimiento o morosidad de dichos terceros, y, en la medida que sean calificados, pueden ser clientes para otras transacciones crediticias a realizar con el mismo cliente factorado o con terceros. Se facilita la labor de la calificación del deudor.

Dada la pluralidad de servicios, la empresa de *factoring* obtiene un incremento en sus ingresos, ampliando su cobertura hasta antes limitada por los servicios típicos de créditos directos, indirectos, descuentos o adelantos sobre cobranzas de documentos o sólo cobranzas. El factor suele cobrar una comisión por sus

servicios, la misma que se determina sobre la base de un porcentaje sobre el monto total facturado.

Para el factor, que normalmente es una entidad financiera o un banco, el *factoring* resulta útil como medio de dispersión del crédito, ya que en lugar de otorgar un préstamo importante a favor de una sola empresa lo que hace en realidad es facilitar créditos de menor importe a favor de muchas. El riesgo, entonces, resulta menor.

12. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La terminación del contrato de *factoring* se produce por las causales señaladas en el Código Civil, sea por razones naturales o normales, vencimiento del plazo, fallecimiento de la persona natural, etc., así como por las anormales, como son el incumplimiento de las obligaciones asumidas, en cuyo caso nos remitimos al artículo 1428 del código, que dispone: «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. Es causal de terminación del contrato la declaración de quiebra de cualquiera de las partes o la disolución de las mismas.»

El contrato de *factoring* concluye: a) por vencimiento del plazo, por conclusión del objeto materia del contrato; b) por disolución de la empresa de *factoring*, lo cual acarrea la complejidad de la vida societaria, pues el objeto social de dicha sociedad concluye, pues una sociedad en disolución y liquidación tiene un solo objeto, liquidar sus activos para pagar sus pasivos. No puede generar nuevos negocios, y los que tiene debe concluirlos, su objeto social motivo de su constitución terminó; c) por transmisión del patrimonio fideicometido o por la transmisión del fondo empresarial; d) por quiebra de cualquiera de las partes, la insolvencia es una causa justificada para invocar la resolución del contrato en la medida que exista incumplimiento de las obligaciones.

En nuestro derecho la declaración de insolvencia es una limitación para el desarrollo de la empresa factorada; y, en cuanto a la empresa de *factoring* se somete para estos efectos a las normas dictadas por la Superintendencia de Banca y Seguros. En tal sentido, la Ley de Reestructuración Patrimonial –que establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, disolución y liquidación, y quiebra de las empresas, así como los mecanismos para la reprogramación global de obligaciones contraídas con anterioridad al estado de insolvencia–, en su artículo 2 señala que: no están comprendidas en la Ley de Reestructuración Patrimonial las empresas y entidades sujetas a la supervisión de las Superintendencias de Banca y Seguros, en tal caso rige para estas empresas las normas contenidas en la Ley 26702. Y, en cuanto a la situación de los clientes factorados, el artículo 132 de la mencionada ley protege a las empresas de *factoring* desde el momento que el inciso 9 señala que: «Los valores, recursos y demás

bienes que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero, cubren preferentemente a estas. Las medidas cautelares que se dispongan respecto de tales bienes, valores o recursos, sólo surten efecto luego que la empresa disponga sobre ellas los cargos que correspondan por las deudas vencidas de su titular a la fecha de notificación de dicha medida, y siempre que dichos bienes, valores o recursos no se encuentren sujetos a gravamen alguno en favor de la empresa del sistema financiero. Igual norma es aplicable tratándose de valores, recursos o demás bienes dados en garantía para afianzar obligaciones de terceros.»

La alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar es una causa genérica que puede influir en la terminación unilateral del contrato.

La duración es normalmente indefinida. En el caso de un plazo definido de duración, es potestativo de las partes redactar las cláusulas de prorroga convencional. No puede dejarse tener presente que el contrato de *factoring* tiene la formalidad escrita.

Cuando el plazo es indefinido es pertinente otorgar el aviso para dar por terminada la relación contractual, más aún cuando el contrato es de ejecución continuada como el caso del contrato de *factoring*, en tal supuesto el artículo 1365 del Código Civil peruano establece: «En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.»

Capítulo XXIII
CONTRATO DE FIDEICOMISO

1. Evolución. 2. Concepto. 3. Elementos del contrato. 4. Derechos y obligaciones de las partes. 5. El patrimonio fideicometido. 6. Clases de fideicomiso. 7. Formalidad y publicidad. 8. Protección de los bienes fideicometidos. 9. Término del fideicomiso.

1. EVOLUCIÓN

En un primer momento este contrato, como se infiere del origen de la palabra (*fides*, fe; y *commisium*, confiado), servía para designar aquella disposición de última voluntad en virtud de la cual una persona dejaba sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, en el momento de verificarse su muerte, o al cumplirse determinada condición o plazos, éste trasmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo en que se le hubiere señalado.

Junto al fideicomiso testamentario se desarrolló la figura del negocio fiduciario en base a una *causa fiducia*.

El fideicomiso está basado en la confianza que se deposita en una persona para que cumpla con determinados fines; se debe entonces a la buena fe de la persona que recibe los bienes y/o derechos la debida ejecución del cargo.

En el derecho anglosajón la palabra *trust* significa confianza. El fideicomiso es el resultado de la fusión de dos conceptos independientes. El más antiguo proveniente del Derecho Romano y que se encuentra circunscrito completamente dentro del campo del Derecho Civil y otro que proviene del derecho anglosajón, en donde su utilización desborda del campo civil hacia el Derecho Mercantil entre otras posibles aplicaciones.

En Roma existieron dos instituciones que son antecedentes del fideicomiso actual: la fiducia y el fideicomiso testamentario. La diferencia radica en que mientras la primera se realiza a través de acto *intervivos*, la segunda es consecuencia de la manifestación de última voluntad hecha por un ciudadano, el cual lograba de esa manera imponer su voluntad una vez verificada su muerte.

Por la *fiducia* una persona llamada fiduciante realizaba una *mancipatio* o *in jure cessio*, como forma de transmisión de la propiedad, en favor de un fiduciario quien recibía la propiedad del bien trasmitido obligándose al mismo tiempo a retransmitirlo después que se realizaran determinados fines al propietario original o a una tercera persona. Se trata de un negocio simple y libre de las complejidades que luego se le conocería en su edad avanzada.

A través de la fiducia se confiere al fiduciario, que es a quien se transfiere la propiedad, un poder jurídico ilimitado, es decir, una titularidad plena y definitiva. Personalmente, sin embargo, se le obliga a retransmitir al enajenante original o a otra persona por ésta indicada el bien fideicometido, una vez alcanzado el fin propuesto.

Podía distinguirse la fiducia *cum amico* y la fiducia *cum creditore*.

El *fideicomiso testamentario* es en realidad el antecedente del fideicomiso actual. Se define como el encargo que hace una persona llamada fideicomitente en favor de otra llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquel, para que entonces la cumpla dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero llamado fideicomisario. Era una forma de imponer la voluntad más allá de la vida respecto a los bienes que se trasmiten a los herederos, y además el deseo de eludir numerosas incapacidades que para heredar por testamento imponían las leyes romanas.

En el derecho anglosajón se tiene como antecedente al *trust* como la verdadera figura contractual. El *trust* corresponde a una peculiar evolución histórica del derecho Inglés, y se explica y funciona dentro de una estructura no existente en los sistemas latinos, según la cual puede predicarse en relación con un mismo bien la existencia de dos propietarios, uno legal y otro beneficiario, lo que debe dar origen a la propiedad fiduciaria.

El antecedente más remoto del *trust* es el «uso» o *use*, que consistía en la transmisión de inmuebles a un tercero para que los destinara a beneficio del propio trasmisor o de otra persona.

Otra etapa se inicia a principios del siglo XV hasta la promulgación de la Ley de Uses, hacía el año 1534, en el reinado de Enrique VIII. En esta etapa los *uses* dejaron de ser un mero compromiso de conciencia para convertirse en un derecho indiscutible, considerándose como un derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte, de manera tal que se respetara la voluntad de favorecer a determinada persona o grupo de personas.

La tercera etapa comprende hasta fines del siglo XVIII. Es una etapa de transición en la cual se reputó al beneficiario en adelante como verdadero dueño de los bienes sin que por esto se dejara carente de protección al que la constituye, el cual se veía amparado por la *equity*.

La importancia de esta etapa radica en que se hicieron sutiles distinciones que substrajeron parte de los *uses* al control de la ley, como aquella en que se norma que el fiduciario debía realizar actos positivos tendientes a la conservación de la cosa.

La cuarta etapa que dura hasta nuestros días, es donde alcanza su máximo desarrollo.

Por el *trust* una persona separa de su patrimonio una cosa y trasmite la propiedad de ella a otra, con el pacto de que esta última administre los réditos, que corresponderán a un tercero. Se desprende de esta definición que se trata de una relación jurídica plurilateral en donde intervienen: una persona llamada *settlos*, aquella a quien la cosa le es transmitida en propiedad pero sin que pueda gozar para sí misma de las utilidades económicas que se llama *trustee*, y finalmente aquella que tiene el derecho de goce o beneficio que recibe el nombre de *cestui que trust*.

Garrigues señala que, en su forma originaria norteamericana, *el trust* se funda para conseguir el dominio de la administración de una sociedad anónima. Los accionistas asociados transfieren sus acciones a un fiduciario (*voting trust*), quien las utiliza en las juntas generales para votar en el sentido propuesto. Más tarde, prosigue el mismo autor, para evitar la competencia entre varias sociedades anónimas, la mayoría de accionistas de cada sociedad trasfiere sus acciones a un grupo de fiduciarios (*board of trustees*) y así obtener el control de todas esas sociedades con fines de concentración capitalista. Finalmente, y para eludir la legislación anti-*trust*, se funda una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada para compras acciones de otras sociedades y obtener influjo decisivo en sus negocios (*holding company*).

Es importante deslindar el concepto jurídico del *trust* del concepto económico, en el cual se le considera como una forma de concentración empresarial de carácter contractual, tendiente al desarrollo de prácticas monopólicas.

2. CONCEPTO

Hasta la dación del D. Leg. Nº 770, el contrato de fideicomiso se desarrollaba al amparo del art. 1354 del Código Civil, el cual consagra el principio de la libertad contractual. Luego el art. 241 de la Ley Nº 26702 lo regula y define como una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

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

En lo que se refiere a su complejidad, es el producto de dos negocios con fin unitario, pero con dirección o signo diverso: a) un negocio de disposición, transferencia de propiedad de un bien o derecho; y b) un negocio obligacional, es decir, comportarse como un mandatario, quedando obligado a trasmitir a otra persona la cosa adquirida o su importe, o entre tanto conservarla, retenerla o custodiarla.

A diferencia del negocio fiduciario, en el fideicomiso no se trasmite la propiedad absoluta ya que sólo se tiene el título legal para cumplir el fin de los bienes fideicometidos, mientras que en el negocio fiduciario la propiedad es de quien adquiere en última instancia a su absoluta disposición.

El negocio fiduciario puede ser celebrado entre particulares. Para el fideicomiso siempre lo más conveniente ha sido que se contrate a una persona moral especializada para que cumpla el encargo, y esa persona debe contar con la autorización para operar.

La Ley Nº 26702 señala que 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.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios. *La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.*

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Los elementos del contrato los podemos clasificar en reales y personales.

a) Elementos reales

Pueden ser elementos reales del contrato de fideicomiso toda clase de bienes y/o derechos susceptibles de ser enajenados, de esta manera, sólo quedan exentos

aquellos de carácter personalísimo o los que cada legislación prohíba enajenar taxativamente.

Pueden entregarse en fideicomiso recursos líquidos y toda clase de bienes y derechos enajenables o transmisibles conforme a ley.

Una vez celebrado el contrato fluye el «patrimonio fiduciario» que está compuesto por los bienes materia del contrato.

Diez Picaso expone que en la doctrina hay dos tesis contrapuestas. Según la primera, el fiduciario es un propietario y nada más, la propiedad trasmitida al fiduciario es una plena y verdadera propiedad, el fiduciante no es más que un acreedor. La segunda plantea la existencia de una propiedad «minada» por el pacto obligatorio o con suficientes particularidades o limitaciones para considerarla como una «propiedad especial». No sería una propiedad eficaz interpartes sólo frente a terceros.

Es importante que exista un patrimonio con un destino específico, porque, de otro modo, en caso de suscitarse una irregularidad en la ejecución del contrato, el ente controlador no estaría en capacidad de establecer si existe un abuso o no por parte del fiduciario.

El patrimonio es un elemento esencial para constituir un fideicomiso y la afectación precisa de ellos, es la que domina su desarrollo y ambas juntas son la condición *sine qua non* para dar vida a esta figura contractual.

b) Elementos personales

El fideicomitente. Respecto del fideicomitente, se exige que se trate de una persona capaz de disponer bienes y derechos, sin perjuicio que dichos actos sean lícitos de acuerdo a ley.

Se define al fideicomitente como la persona natural o jurídica que destina o afecta ciertos bienes a un fin lícito o determinado y que constituye el fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad. No hay inconveniente que los fideicomitentes sean varios, ya sea por ser propietarios a título individual o condóminos de bienes.

El fideicomitente debe contar con la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

Nada impide que el fideicomitente sea también el fideicomisario, con lo que se consolidan los derechos de ambos en una sola persona.

Las instituciones estatales, las personas de derecho público o privado pueden constituir fideicomisos, de igual facultad gozan los comités especiales de privatización.

El fiduciario: En nuestra legislación las empresas bancarias están facultadas para desempeñarse como fiduciario. El art. 282 de la Ley Nº 26702 las define

como la empresa de servicios fiduciarios, cuya especialidad consiste en actuar como fiduciario en la administración de patrimonios autónomos fiduciarios, o en el cumplimiento de encargos fiduciarios de cualquier naturaleza.

La ley permite actuar como empresas fiduciarias a la COFIDE (Corporación Financiera de Desarrollo); empresas de servicios fiduciarios; las empresas de operaciones múltiples del sistema financiero, como son las empresas bancarias, empresas financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, caja municipal de crédito popular; Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa (EDPYME); cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público; cajas rurales de ahorro y crédito; y las empresas de seguros y reaseguros.

En caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción de la empresa fiduciaria y designar a quien ha de sustituirla, si el fideicomitente no lo hiciera dentro del plazo que se le señale.

Para ejercer las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas del sistema financiero deben constituir sociedades titulizadoras.

El fiduciario es la persona en quien recae la mayor responsabilidad al momento de la ejecución del contrato. Es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos y enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

El titular, para realizar operaciones de fideicomiso, es siempre una persona solvente autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

El fiduciario no podrá en ningún momento beneficiarse como tal, ni de los frutos o productos de los bienes recibidos ni de la transmisión ulterior de aquellos ya que éstos no son de su propiedad irrestricta. Se trata de un proletario frente a terceros, y con el único objeto de ejecutar la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.

Para cada fideicomiso la empresa designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. La empresa es solidariamente responsable de los actos que, respecto al fideicomiso, practiquen el factor y los trabajadores del fiduciario.

Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos. La designación del factor debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia, organismo que está facultado para disponer su remoción, en cualquier momento.

Puede darse el caso de que la magnitud del encargo requiera la constitución de comisiones administradoras por parte de la empresa fiduciaria, en tal caso, la Ley Nº 26702, en su artículo 272, señala que se designará una comisión administradora del fideicomiso, compuesta de no menos de tres ni más de siete miembros, reglamentando su funcionamiento y facultades, siempre con sujeción a las reglas que contenga el instrumento constitutivo del fideicomiso.

En tal caso, la empresa fiduciaria puede contratar personal *ad hoc* para cada fideicomiso. Tal personal sólo puede ejercer sus derechos contra los bienes del respectivo fideicomiso y la vigencia de su relación laboral queda subordinada a la subsistencia del fideicomiso que determinó su empleo. Los contratos deben constar por escrito.

El fideicomisario: es el sujeto al cual se piensa beneficiar y en última instancia es por quien se realiza el contrato. Es la persona que debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y eventualmente los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado.

Toda persona puede ser fideicomisario, pues por el hecho de gozar de capacidad general o de goce puede serlo.

El fideicomisario puede ser persona indeterminada, el público en general siempre que consten el documento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar del beneficio.

El art. 248 de la Ley Nº 26702 reputa como válido el fideicomiso establecido en favor de personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos.

Igualmente se podrá constituir el fideicomiso en forma múltiple y en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, por la muerte de la anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado.

En el caso que los fideicomisarios fueran más de cinco, deben celebrar juntas con sujeción a las reglas que para las asambleas de obligacionistas establece la Ley General de Sociedades, salvo que sobre el particular hubiese estipulación diversa en el instrumento del fideicomiso. Las juntas a que se refiere el párrafo anterior tienen por objeto: 1) designar representantes y procuradores que accionen en resguardo del interés común de los fideicomisarios; 2) aprobar modificaciones en las cláusulas del fideicomiso, cuando fuere necesario el consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos no sean menores o incapaces y en razón de ello se encuentren impedidos de intervenir personalmente en las juntas; 3) adoptar otras medidas y decisiones en pro del interés común de sus miembros, y 4) en los casos de fideicomiso con fideicomisarios indeterminados, la representación la asume la Superintendencia.

4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

La relación jurídica es un vínculo reconocido y disciplinado por el derecho objetivo, el cual faculta al acreedor a exigir una conducta del deudor para que garantice el cumplimiento de lo legalmente convenido y asegurar así la obligación contractual con la posibilidad de ejercer coacción para obtenerla.

Los derechos y las obligaciones asumidas pueden ser de carácter personal o de carácter real. Según Rodríguez Azuero, en el contrato se dan dos negocios autónomos, uno el obligatorio y otro el real.

Los derechos del fideicomitente pueden resumirse en los siguientes: a) Establecer reservas en el contrato, siempre que no contravenga la naturaleza misma de la figura, como podría ser el caso de configurarse un mandato en lugar de un fideicomiso; b) A revocar el contrato. La revocación puede ser justa, ya que puede ser el caso que una persona que requería de ayuda económica ya no la necesite al momento de redactarse el contrato. Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezca a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento. En los demás casos, el fideicomitente puede convenir con el fiduciario las modificaciones que estime adecuadas, y aún la resolución del fideicomiso, salvo que con ello se lesionen derechos adquiridos; c) A exigir rendición de cuentas. Es un derecho exigible al momento de verificarse el vencimiento del plazo. *d)* A ejercitar la acción de responsabilidad en contra del fiduciario. Es una medida de defensa del patrimonio afectado; e) A pedir remoción del fiduciario. Este derecho se ejercerá amparado en la incapacidad o mala conducta del fiduciario debidamente comprobada; f) A obtener la devolución de los bienes; g) Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas.

La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución. No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad. La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes. La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso (art. 244 de la Ley Nº 26702). Si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que al término del fideicomiso debe entregarse los bienes, se devuelve éstos al fideicomitente o a sus causahabientes y, en su defecto, se hace entrega de ellos al Fondo.

Dentro de *las obligaciones del fideicomitente* tenemos las siguientes: a) Remunerar al fiduciario. El fiduciario tiene la propiedad limitada, no puede aprovecharse de los bienes ni de los derechos de ninguna forma, realizando un servicio por el cual merece una remuneración pertinente. b) Reembolsar los gastos: Se reembolsan los gastos debidamente acreditados por la persona encargada. c) De saneamiento por evicción. De esto depende que se cumpla los fines del fideicomiso. d) Es obligación del fideicomitente o de sus causahabientes integrar en el patrimonio del fideicomiso los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo, en el tiempo y el lugar estipulados.

Derechos del fiduciario. El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.

Le asiste también el derecho de cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos; y resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad.

La empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo (art. 273, Ley Nº 26702)

Las obligaciones *del fiduciario* son: a) Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador, respondiendo por el mal manejo de los bienes; b) Hacer el inventario. Ello se exige con mayor razón al tratarse de fideicomisos testamentarios; c) Mantener los bienes por separados del resto de sus activos. Es fundamental para esto llevar estados contables específicos del patrimonio afecto; d) Ejercer la protección de los bienes. Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad. Proteger con pólizas de seguro los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo a lo pactado en el instrumento constitutivo; e) Rendir cuentas del patrimonio afectado según la periodicidad y términos que se señalan en el convenio. Llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso con arreglo a ley, y cumplir conforme a la legislación de la materia las obligaciones tributarias del patrimonio fideicometido, tanto las sustantivas como las formales. Preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso, cuando menos una vez al semestre, así como un informe o memoria anual, y poner tales documentos a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios, sin perjuicio de su presentación a la Superintendencia; f) Transferir los bienes en propiedad ya sea al fideicomisario o al fideicomitente o fiduciante en vía de regreso. El fiduciario no puede ser nunca el propietario absoluto del patrimonio afectado; g) Disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun por la propia empresa fiduciaria; h) Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera, con la

misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos; i) Guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta ley establece para el secreto bancario. Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito; j) Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas; k) La empresa fiduciaria no puede, bajo pena de nulidad, 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 señalado; l) 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 aquélla.

Dentro de las limitaciones de la empresa fiduciaria tenemos la prohibición que pesa sobre ellas de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de la propia empresa, de sus directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso; del factor o factores fiduciarios; de los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate; de sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría de la propia empresa. Estos impedimentos alcanzan al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurídicas en que el cónyuge y los parientes en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento. Son nulas las operaciones que se realice en contravención de las prohibiciones reseñadas.

La empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Si el instrumento constitutivo del fideicomiso prevé la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, las disposiciones del mismo no podrán modificar el objeto del fideicomiso.

El fideicomisario es un acreedor especial del fiduciario. Es acreedor de los frutos y de los productos del bien sujeto a fideicomiso y de su ulterior entrega si esto está previsto. Sus derechos se pueden resumir en los siguientes: a) Exigir al fiduciario que cumpla con su labor ejerciendo las acciones de responsabilidad; b) Oponerse a medidas precautelatorias sobre los bienes materia del convenio; c) Impugnar

actos anulables cuando éstos atentan contra el patrimonio afectado; d) Pedir la remoción del fiduciario. *e)* Revisar la contabilidad del patrimonio afectado; f) Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento. Para modificar o resolver el contrato de fideicomiso los causahabientes del fideicomitente requieren, en todo caso, el consentimiento unánime de los fideicomisarios o, si éstos fueren indeterminados, la aprobación del Superintendente; g) Los fideicomisarios tienen derecho a exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen o del capital mismo, según se estipule en el instrumento constitutivo y figure en el certificado de participación. La acción puede ejercerla cualquiera de los interesados, por la parte que le corresponda en los beneficios y en pro del interés común.

Dentro de las obligaciones del fideicomisario estará el de recepcionar los bienes al término del fideicomiso y reconocer las cuentas debidamente sustentadas.

5. EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

El patrimonio en fideicomiso no responde por las obligaciones del fideicomitente, ni de sus causahabientes, y tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, esa responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentren a disposición de ellos.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo. Es de observar que esta plenitud de facultades están íntimamente relacionadas con la finalidad del fideicomiso, razón por la que se aduce que la propiedad fiduciaria difiere de la propiedad concebida en nuestro derecho común, en la medida que esta última no tiene limitaciones.

Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario. La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son

anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun por la propia empresa fiduciaria.

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 fidecometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario.

Los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo. No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente.

Los fideicomisarios determinados, los fideicomitentes y sus respectivos sucesores, pueden ceder sus derechos a personas que no se encuentren impedidas por la ley o por el instrumento constitutivo del fideicomiso.

6. CLASES DE FIDEICOMISO

a) Fideicomiso testamentario

Este tipo de contrato es un albaceazgo por una persona jurídica y no natural como sucede en el derecho de sucesiones. Se efectúa en virtud de la confianza que pueda suscitar su capacidad y experiencia en la administración de fondos y de bienes de todas clases, evitando riesgos que podría producir la deficiente actuación en tales encargos de una persona física.

Este tipo de contrato suele estar vinculado generalmente a la manutención de ciertos parientes, su educación, los gastos de hospitalización, etc., siempre con la posibilidad que les sean transferidos más adelante, cuando cesen las causas de indefensión o incapacidad, si éstas son las hipótesis que justificaron el encargo.

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 a quien la reemplace y si ninguna otra empresa aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue.

Los fideicomisos testamentarios se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.

b) Fideicomiso de administración

En virtud de este contrato el fideicomitente trasmite a la fiduciaria ciertos bienes, derechos, títulos, valores, o frutos, para que los administre. Se entiende que el banco actúa como diligente propietario.

c) Fideicomiso de inversión

En este caso, además de la administración diligente de bienes y/o derechos enajenados, se busca que los mismos se destinen a ciertas actividades de las cuales pueden derivar rendimientos de tal inversión.

d) Fideicomiso en garantía

Por medio de este convenio el fideicomitente, como deudor, trasfiere bienes y/o derechos a la entidad fiduciaria con el propósito de respaldar, o más bien garantizar el cumplimiento de una obligación principal; si en caso no es satisfecha según lo pactado, se procede a venderlos para que con el producto de esta operación se cancele dicha deuda. Podemos afirmar que se trata de un contrato accesorio del que originó una deuda y además relacionarlo con la fiducia *cum creditore*. La ventaja con relación a la prenda e hipoteca es que el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales de remate de bienes, sino que en cumplimiento de la orden recibida de su cliente el banco procede a venderlos, a liquidarlos y a satisfacer la obligación, es decir, la entidad fiduciaria se concreta a cumplir de manera simple y llana con la obligación que por medio del convenio asumió. Para el deudor la ventaja es que el valor de recupero siempre es más alto que el posible valor de remate judicial.

e) Fideicomiso de seguro de vida

Por este convenio se garantiza la correcta aplicación del monto recibido al momento de verificarse la muerte del asegurado, ya que se crea una situación de administración de las cantidades producidas, siendo ésta llevada a cabo de acuerdo a las pautas establecidas en el contrato de fideicomiso efectuado entre el asegurado como fideicomitente y la empresa bancaria como fiduciaria.

f) Fideicomiso cultural

Se da cuando tiene por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos; el plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que hubiere sido constituido. Su plazo puede superar el límite de treinta años establecido en forma genérica por el artículo 251 de la Ley Nº 26702.

g) Fideicomiso filantrópico

Tiene por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, el plazo puede igualmente

ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.

En los casos en los cuales el plazo del fideicomiso debe ser necesariamente extendido más allá del límite legal máximo (treinta años), a fin de no perjudicar intereses de terceros, la Superintendencia podrá autorizar su vigencia por el término estrictamente necesario para la consecución de los fines previstos.

h) Fideicomiso vitalicio

En beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.

7. FORMALIDAD Y PUBLICIDAD

La publicidad es un requisito del fideicomiso, tan es así que la acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis meses de publicado en el diario oficial, por tres días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente.

Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento. En este caso no es necesaria la aceptación del fideicomisario.

Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción.

Los acreedores que se sientan perjudicados con la constitución del fideicomiso pueden pedir la nulidad del acto dentro de los seis meses de la publicación del aviso que da cuenta de la transmisión; en todo caso el derecho a pedir la anulación caduca a los dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso. Para efectos de comunicar a terceros

la constitución del fideicomiso, la ley obliga a realizar la publicación de un aviso dando cuenta de este acto, a fin de otorgar el derecho al acreedor que se sienta frustrado por la constitución de dicho fideicomiso. El acreedor tiene el derecho oponerse a la constitución del fideicomiso, salvo que se le garantice en forma satisfactoria su crédito.

8. PROTECCIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMETIDOS

El art. 118 de la Ley Nº 26702 establece que cuando una empresa del sistema se encuentra en estado de liquidación, se excluye de la masa de los bienes los patrimonios autónomos, incluidos los de seguro de crédito.

En caso de liquidación de la empresa fiduciaria, ésta no se rige por las normas de la Ley de Reestructuración Patrimonial, sino por la propia Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, y de acuerdo a las normas contenidas en la propia ley. Quienes tengan legítimo interés les asiste el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido, en cualquier estado del proceso, por no formar parte de la masa. Por el valor de los bienes, recursos líquidos y derechos perdidos o no identificables del fideicomiso, el fideicomisario tiene, sobre la masa, hasta por el importe de la responsabilidad de la empresa fiduciaria, un crédito amparado con privilegio general de primer orden.

9. TÉRMINO DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso llega a su término por: a) vencimiento de plazo; b) renuncia de la empresa, con causa justificada, y aceptada por la Superintendencia c) liquidación de la empresa fiduciaria; d) remoción de la empresa fiduciaria; e) renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso; f) pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio de la empresa fiduciaria; g) haberse cumplido la finalidad para la cual fue constituido; h) haber devenido imposible la realización de su objeto; i) resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario, con aprobación de los fideicomisarios; y j) revocación por parte del fideicomitente, antes de la entrega de los bienes a la empresa fiduciaria.

Capítulo XXIV
CONTRATO DE FRANCHISING

1. Concepto. 2. Función económica. 3. Ventajas de esta modalidad contractual. 4. Definición. 5. Naturaleza jurídica. 6. Características del contrato. 7. Estructura del contrato. 8. Clases de franquicia. 9. Elementos del contrato. 10. Obligaciones de las partes. 11. Derechos de las partes. 12. Extinción del contrato.

1. CONCEPTO

Una de las principales modalidades no convencionales de comercio es el denominado contrato de *franchising* o franquicia, a través del cual se busca difundir un producto o un servicio en un mercado distinto mediante la transferencia de una serie de elementos como la marca, el logo comercial, la tecnología, el *know-how* del negocio y otros elementos tendientes a mantener la homogeneidad del negocio.

De esta manera la empresa adquiere las especificaciones para poder fabricar el producto franquiciado, o la forma como se debe prestar el servicio cuidando la calidad y el prestigio del producto y de la empresa que otorga la franquicia.

La empresa que recibe la franquicia es totalmente independiente de la empresa franquiciante, sin embargo ésta, como una forma de protección a su producto, puede controlar eventualmente a su concesionaria.

El contrato de *franchising* reúne una serie de relaciones jurídicas propias de otras modalidades contractuales, entre ellos contiene derechos de propiedad industrial o intelectual, relativos a marcas, nombres comerciales, lemas, rótulos de establecimiento, diseños, etc., que deben utilizarse para la colocación del producto o la prestación del servicio materia del contrato de *factoring*. Esta complejidad es lo que lo hace distinto de los demás contratos. Todas estas relaciones que

nacen de derechos autónomos son reunidos en el contrato de *franchising* a fin de, por esta expresión voluntaria, una parte llamada franquiciante ceda a la otra (franquiciado) para que comercialice determinado tipo de producto o servicio, a cambio de una prestación financiera directa o indirecta, y con cargo a una serie de obligaciones que son propias de este contrato que más adelante se detallan.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA

La inversión que se realiza para la operatividad de la empresa depende de ella, pero puede recibir algún aporte económico de la empresa extranjera en calidad de préstamo. Es por ello que también constituye una modalidad de financiamiento no convencional.

El contrato de *franchising* es una modalidad contractual que mueve grandes cantidades de capital y recursos humanos, beneficiando a las partes del contrato y al público en general ya que de este modo se logra el mejor abastecimiento del mercado.

Dentro de los beneficios está la limitación de los riesgos comerciales en el llamado comercio de detalle debido a la utilización de productos amparados bajo una marca ya conocida, manteniendo la independencia de la empresa y la responsabilidad comercial del negocio.

Es un contrato que facilita la circulación y distribución de los bienes y servicios, ofreciendo cierta seguridad a la inversión, pues se brinda un producto o servicio, ya introducido al mercado, no sólo a nivel nacional, sino que muchas veces el producto es conocido internacionalmente. La publicidad es un garantía para el franquiciado, goza desde un inicio de este apoyo para la venta de su producto. Es esta la razón por la cual el franquiciado contribuye a la publicidad del producto. En el fondo de lo que se trata es que el público consumidor aprecie la uniformidad del producto en cualquiera de los locales de los franquiciados.

El contrato de franquicia facilita una penetración profunda y acelerada en un mercado; propicia la expansión de productos a nivel internacional; permite el acceso a centros comerciales estratégicos.

Dentro de las ventajas de este contrato se cuenta con la fuerza de venta que pone el franquiciado, que es siempre superior al ímpetu que pone el administrador de un local, como sería el caso de una sucursal y una agencia. Generalmente el franquiciado es persona de la localidad, lo que otorga ventajas sobre el conocimiento del mercado, y desde el punto de vista laboral permite un alivio en la carga laboral, la que pasa al franquiciado.

3. VENTAJAS QUE OFRECE ESTA MODALIDAD CONTRACTUAL

Con relación a las ventajas que representa esta modalidad se establece como una de las principales, con relación al usuario o consumidor, la facilidad que tiene

para poder adquirir productos de prestigio internacional en el país. La ventaja desde el punto de vista empresarial es que la firma que recibe la concesión se verá facilitada para ingresar al mercado con un producto o servicio que, dada la calidad que brinda a sus consumidores reportará al franquiciado importantes beneficios económicos. De otro lado, el franquiciante consigue la expansión de su negocio a otros lugares.

Para poder acceder a las ventajas de este contrato se establecen contraprestaciones. En un primer momento se paga una cantidad inicial, llamada canon de entrada y luego se efectúan pagos periódicos o regalías, que generalmente son un porcentaje sobre las ventas o los ingresos de la empresa franquiciada.

4. DEFINICIÓN

A pesar de la dificultad de ensayar una definición de este contrato, la Asociación Italiana de Franquicia concluye diciendo que se trata de una forma de colaboración de bienes o servicios entre empresario (afiliante) y uno o más empresarios (afiliados), jurídica y económicamente independiente el uno del otro, que estipulan un acuerdo a través del cual:

a) El afiliante concede al afiliado la utilización de su propia fórmula comercial, con compresión del derecho de usufructuar su *know-how* (en compañía de la técnica y del conocimiento necesario) y los propios signos distintivos, unidos a otras prestaciones y formas de asistencias aptas a consentir al afiliado la gestión de la propia actividad de la misma imagen de la empresa afiliante.

b) El afiliado se obliga a hacer propia la política comercial y la imagen del afiliante para el interés recíproco de las partes mismas y de los consumidores, así como al respeto de las condiciones contractuales libremente pactadas.

Bajo esta concepción se comprenden los elementos principales de este contrato, exponiendo claramente que el objeto de este contrato es la concesión de un conjunto de derechos y conocimientos orientados a dar al *franchisee* un establecimiento que tenga necesariamente la «misma imagen» que la empresa del *franchiciante*.

En la definición contemplada se deja de lado la exclusividad que por lo general siempre está presente en este tipo de contratos y que constituye una de las características típicas del acuerdo así como también las obligaciones de no hacer que le corresponden al *franchising*.

La Federación de Franchising Europea resalta la estrecha colaboración que existe entre las partes, siendo a la vez financiera y jurídicamente independientes. Esta colaboración estrecha que se presenta entre el *franchiciante* y el *franchiciado* tiene su razón de ser en la necesidad de establecer una unidad económica que,

frente a terceros, aparenta ser una sola empresa bajo una misma dirección, y además el hecho de la constante asistencia técnica que el *franchiciante* tiene que transmitir a sus *franchiciados*, lo que conlleva una necesaria y permanente comunicación y colaboración, lo cual se va a traducir con una cadena de negocios con igual imagen y rendimiento.

Guyenot[1] ve en el contrato de *franchising* una de las forma de la concesión mercantil, la cual es ataviada con elementos nuevos, que se aúnan al derecho de uso de la concesión misma.

Otra de las definiciones es la del italiano Frignani, que dice que es un sistema de colaboración entre un producto de bienes u oferente de servicios (*franchiciante*) y un distribuidor (*franchiciado*), jurídica y económicamente independiente el uno del otro, pero vinculados por un contrato en virtud del cual el primero concede al segundo la facultad de entrar a formar parte de la cadena de distribución con el derecho de disfrutar, bajo determinadas condiciones, al pago de una suma de dinero, patentes, marcas, nombre, insignia, o también una simple fórmula o secreto comercial a él pertenecientes; además el primero se obliga a algunos abastecimientos de bienes o servicios, mientras el segundo se obliga a adecuarse a una serie de comportamientos prefijados por el primero.

Para Le Pera[2] la franquicia comercial, como la denomina, implica una persona titular de un modelo o patrón de organización, esquemas de instalación y modalidades de prestación de servicios, y de ciertos elementos distintivos frente al público que aplica a una línea o cadena de establecimientos sobre un amplio territorio.

Entre los derechos que concede el *franchisor* está la marca de fábrica, el nombre comercial, derechos reservados, patentes, secretos comerciales, etc., y además una variedad de prácticas de negocios basados en la experiencia de la empresa matriz, así como la decoración del local de ventas, uniforme de trabajo, entrenamientos de personal.

Un acuerdo importante materia de este contrato es el suministro periódico de los productos finales o de los insumos necesarios para producir el artículo que se va a vender al público.

El franquiciado actúa por cuenta propia en razón de que la mercadería que oferta le pertenece por haberla comprado y actúa a nombre de otro, es decir, bajo el prestigio y condiciones del *franchisor*, pero siempre en forma jurídica y económica independiente.

La UNIDROIT adopta la definición del contrato de franquicia bajo el enunciado de que se trata de una relación contractual entre el franquiciante o el franquiciado en el cual el primero ofrece o es obligado a mantener un interés

---

[1] Jean GUYENOT, *Qué es el Franchising*, Ejea, Buenos Aires, 1977.

[2] Sergio LE PERA, *Cuestiones de Derecho Mercantil Moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

permanente en el negocio del franquiciado en aspectos tales como *know-how* y la asistencia técnica; el franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y/o procedimiento que pertenece o es controlado por el franquiciante y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos.

5. NATURALEZA JURÍDICA

En el contrato de franquicia se reúnen varias formas contractuales, como es el caso del suministro, la concesión, la licencia, parte del contrato de agencia, contrato de locación o alquiler o también el comodato de bienes de los equipos necesarios para el ejercicio de la *franchicia*. Todas estas formas se unen para dar vida a una forma contractual y diferente de cada una de ellas. Algunos ven en la *franchicia* un simple contrato de concesión mercantil.

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

El *know-how* es el elemento principal que caracteriza a la franquicia. El contrato de *know-how* encierra una relación para la prestación del conocimiento técnico, procedimientos, conjunto de informaciones necesarias para la reproducción industrial, que proceden de la experiencia en el proceso de producción y que su autor desee guardar en secreto, sea para su uso personal, sea para transferirlo confidencialmente a un tercero. Es por ello que en el contrato de franquicia se establecen obligaciones para el franquiciado que tienen relación con la confidencialidad, y con la no competencia. El *know-how* se realiza con una serie de programas de entrenamiento para que el producto o el objeto destinado al público se mantenga uniforme en sus caracteres, de forma tal que la impresión del cliente al ingresar a un local de la cadena le brinde la sensación de familiaridad y confianza del producto, de forma tal que el cliente desde que ingresa al local, no importa en que parte del mundo se encuentre, sienta un ambiente familiar.

Si bien el *know-how* es la base del contrato de franquicia, no es el único elemento para que lo abstraiga a dicha modalidad, dado que además de las características del *know-how*, el contrato de franquicia conlleva otras obligaciones que hacen que goce de su propia naturaleza, como son las prestaciones por inversión o cuota de ingreso al sistema; además incluye relaciones contractuales en las que se destaca el derecho de marcas, patentes y licencias.

6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Dentro de los rasgos característicos del contrato de franquicia tenemos que es un contrato de colaboración, el vínculo que existe entre las partes es

muy estrecho, precisamente para mantener así el prestigio adquirido por la empresa madre.

Tiene los rasgos de un contrato de adhesión, porque el *franchiciante* establece pautas iguales en todos los acuerdos, los cuales son aceptados por los franquiciados.

Es un contrato atípico, no se encuentra regulado en nuestro derecho positivo. Más bien estamos ante un contrato nominado, donde la colectividad lo viene identificando bajo un nombre que hasta la fecha presenta dualidad, pues por un lado se le suele nominar como *franchising*, manteniendo así el nombre originario, o el de franquicia, llevándolo al idioma español. Quizás por su trascendencia internacional, y por su origen, debería mantenerse el nombre original. Recordemos que esta modalidad contractual tiene su origen con el mecanismo de distribución creado por Singer en los Estados Unidos en 1850, y que adquiere su dimensión en la década de los años treinta con la cadena que hoy conocemos como Howard Johnson, y luego de 1950 en adelante, con las cadenas de hoteles Hollyday Inn y de comidas como Burger King y Mac Donalds. Esto lo hace considerarlo como un contrato de distribución; su objetivo es evidentemente distributivo a través de cadenas de establecimientos para efectuar colocaciones indirectas en los mercados.

Otra de las características de este contrato es su larga duración, en razón de la conversión que se realiza en el punto de venta y en el tiempo que es necesario para que ésta se haga conocido. Los contratos de larga duración, cuya característica viene imponiéndose en los contratos de naturaleza mercantil, no refleja la intención de las partes y la buena fe de éstas al celebrarlo que la voluntad es que la relación contractual se mantenga en el tiempo, y que no sea posible resolver el contrato por cualquier causa poco justificada, sino más bien por causas que motiven una imposibilidad de continuar con el contrato. No es ajeno a las partes el esfuerzo que asume el franquiciado para hacer frente al pago del canon por ingresar a la cadena, ni las reformas que debe hacer por su propio riesgo en el local, cambios o adecuaciones que responden a las características, formas y colores de la empresa franquiciante. Este esfuerzo no puede ser abruptamente resuelto, si es que no media una causa que justifique esta actitud en su verdadera dimensión.

Se trata de un contrato de prestaciones recíprocas porque ambas partes se comprometen a cumplir las obligaciones pactadas. Es un contrato que pertenece a la doctrina del Derecho Comercial por su carácter eminentemente lucrativo y mercantil y del Derecho Industrial por los derechos que se conceden en uso como son la marca, el nombre comercial, el *know-how*, las prácticas comerciales de negocios, etc.

7. ESTRUCTURA DEL CONTRATO

Uno de los problemas que presenta el contrato de franquicia es que, al contener una cesión de uso de licencia, puede darse el caso que las cláusulas contractuales sean contrarias a la libre competencia, o atenten contra dispositivos de

derechos de propiedad intelectual, en cuyo caso la autoridad encargada de su registro puede observar el contrato.

La Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI tiene la función de registrar los contratos de licencia, y comprende para estos efectos a los contratos de franquicia. Este registro es solamente referencial, y no le asiste al INDECOPI facultad para observar o declarar la nulidad de las cláusulas del contrato de franquicia que sean contrarios a la libre competencia o que impliquen una posición dominante al obligarse el franquiciado a abastecerse de materias primas de una sola fuente, o cuando se fijan precios para los productos objeto de la franquicia.

Dentro de la metodología de la redacción de contrato de franquicia habrá que cuidar la identificación de las partes; el objeto al cual se dedica cada una; identificar los derechos de propiedad intelectual que se encuentren involucrados en el contrato, tales como patentes, marcas registradas, nombres comerciales, *know-how*, derechos de autor, etc., sobre los cuales el franquiciante es titular con derecho a otorgar licencia.

Resulta también importante delimitar el área geográfica donde operará el contrato de franquicia.

En términos generales el contrato debe contener la definición de términos más usados, como la descripción del objeto de la franquicia, información técnica, descripción de las patentes, diseños, etc., de forma tal de precisar los derechos del franquiciante y del franquiciado respecto del objeto del contrato.

Respecto de las cláusulas de exclusividad, habrá que cuidar que no vulneren las normas de la libre competencia. Por lo general estas estipulaciones constituyen una limitación a la libertad de industria y comercio entre el franquiciante y el franquiciado, socialmente aceptables porque la sociedad reconoce a determinadas personas el derecho a recibir una compensación por la explotación de sus derechos de propiedad intelectual.

La exclusividad se puede dar a favor del franquiciante o del franquiciado. En este caso se prohíbe al franquiciante otorgar franquicias dentro del territorio asignado al franquiciado.

Debe considerarse en el contrato la obligación del franquiciante de transmitir al franquiciado los conocimientos técnicos para la explotación del negocio, que incluso puede incluir la preparación del personal del franquiciado. Se deberá cuidar igualmente incluir la cláusula por la cual el franquiciado se compromete a guardar secreto de la técnica del franquiciante.

La cláusula del objeto de la prestación debe ser clara e incluir todas las obligaciones del franquiciado con relación a los servicios respetando los métodos y procedimientos que le proporcione el franquiciante. Se considera asimismo la facultad del franquiciante de inspeccionar el local y controlar las condiciones del

contrato respecto al horario de atención al cliente, la forma y trato a éstos, la verificación de la contratación de seguros, etc.

La retribución es un elemento sustancial del contrato, precisamente por el carácter oneroso del contrato. Se deja a criterio de las partes fijar la modalidad de pago. Si se admite el pago del porcentaje sobre las ventas, habrá que considerar el derecho de inspección y control sobre los libros a fin de verificar los ingresos sobre los cuales se aplica el porcentaje retributivo.

La confidencialidad y lealtad es una cláusula que no debe ser ignorada en un contrato de franquicia. Esta confidencialidad está representada en la mayoría de los casos por la no divulgación a terceros de los manuales de procedimiento, de producción y de comercialización. En el contrato se deberá establecer la propiedad de estos manuales y la obligación de reserva sobre los mismos; y, de ser el caso, la indemnización en caso de divulgación sin autorización del franquiciante. Se discute si esta obligación debe mantenerse de por vida, pues los derechos de propiedad industrial, así como de otras instituciones jurídicas tienen por lo general un plazo determinado.

La cláusula de publicidad y promoción es común en este tipo de contratos. Debe determinarse el modo, tiempo y lugar como se va a desarrollar la publicidad, basta que se realice en una modalidad distinta, aun en su esencia favorable, para que se dañe toda una campaña y la imagen creada.

En los contratos se suele incluir la cláusula de garantía por las deudas que contrae el franquiciado como receptor de los productos y beneficiario del servicio.

8. CLASES DE FRANQUICIA

Dentro de las clases de franquicia tenemos las siguientes:

a) *Franquicia de distribución directa del producto*: En esta modalidad el franquiciante suministra directamente al franquiciado sus productos, siendo este sistema el que mayor adeptos tiene.

En doctrina se hace una distinción entre la llamada franquicia distributiva de productos y la franquicia distributiva o agregatoria de servicios. La llamada franquicia agregatoria es considerada como el *franchising* puro, porque supone una estrecha colaboración entre las partes para poder desarrollar la prestación de servicios con la misma modalidad y procedimientos del franquiciante.

En la franquicia de distribución el franquiciante no es el productor, sino que hace las veces de control de compras, comprando los productos a los proveedores y revendiéndolos a sus franquiciados, o indicando qué se compra. Es un difusor. Así, los franquiciados venden los mismos productos en tiendas homogéneas con la política comercial dada por el franquiciante.

b) *Franquicia de producción*: En esta modalidad el franquiciante es el productor y propietario del *know-how* y de la marca, estando el franquiciado obligado a producir

bajo los mismos patrones utilizando la marca del franquiciante. Se autoriza a la producción de los productos del franquiciador, existiendo un control en la forma de fabricación que debe estar de acuerdo con la calidad del producto que se licencia.

c) *Franquicia de servicios*: El franquiciante transmite los métodos técnicos o procedimientos por él utilizados para la gestión del negocio, así como el uso de la marca que simboliza la fórmula novedosa y original, diferenciada en la prestación del servicio.

d) *Franquising de nombre comercial*: Sólo se cede el uso del nombre comercial con el cual se identifica la cadena de establecimientos.

9. ELEMENTOS DEL CONTRATO

El elemento personal del contrato está dado por las partes contractuales, en ambos casos se trata de personas naturales o jurídicas, tanto en la parte del franquiciante como del franquiciado, quienes asumen las obligaciones que nacen del contrato.

El *franquiciante* es la persona que otorga la licencia a un comerciante independiente para que venda productos o preste servicios de los cuales el primero es titular.

El *franquiciado* es un comerciante independiente que vende los productos o presta los servicios de los que es titular el franquiciante.

Como *elemento* real del contrato tenemos el *objeto del contrato,* que es la transmisión de derechos en usufructo, como son la marca, el secreto comercial, el nombre comercial y la transmisión de conocimientos sobre la política de ventas.

En razón de las múltiples prestaciones que se desarrollan existen variedad de derechos que se resumen en el deseo del franquiciante de conceder al franquiciado todos los derechos y relaciones necesarios para que éste forme parte de la cadena.

Otro elemento real es el área de actividad y exclusividad. Es usual que se determine una zona geográfica de ubicación en la cual operará el franquiciado no pudiéndose extender de los límites señalados por el franquiciante. La cláusula de exclusividad es recíproca para ambas partes. Por un lado el franquiciado no podrá vender bienes en competencia con los del franquiciante, y por otra parte el franquiciante no podrá usar el mismo territorio de otros franquiciados.

10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

a) Del franquiciado:

1) El compromiso de alistar la unidad de venta con la inmediata inversión y capital, para ponerla operativa e iniciar el negocio. Corre con el riesgo de la empresa, con todos sus costos de personal y diversos.

2) Obligación de adquirir en compra una cantidad mínima de productos para la reventa, bienes intermedios o bienes instrumentales necesarios para lograr el producto final o dar el servicio estándar.

3) Obligación de respetar determinados patrones de producción o comercialización, de calidad en la presentación y en la venta de los productos, así como exponer las insignias, rótulos y marcas del franquiciante en un lugar visible para la identificación del local. No hacer uso indebido de las marcas y nombres a las que tiene acceso en virtud del contrato.

4) Pagar un derecho de entrada o canon inicial, y luego un *royalti* para cubrir los gastos de manutención de su franquicia, calculados como un porcentaje del grueso de las ventas o puede ser fijado como una cuota periódica y estable, o como una cuota por unidad de venta durante todo el tiempo de vida del contrato de franquicia. Adicionalmente, se suele pagar una cuota periódica para el fondo de promoción y publicidad del franquiciante a nivel de toda la cadena de establecimientos.

b) Del franquiciante:

1) Cumplir con el compromiso adquirido de ceder al franquiciado las licencias para el uso de las marcas distintivas, y la obligación de transmitir el *know-how*, y todas las fórmulas y conocimientos secretos que individualizan los productos o servicios.

2) Suministrar periódicamente los productos, insumos o servicios pactados. Proporcionar al franquiciado las marcas, nombres y en general el *know-how* que le permita iniciar y proseguir sus operaciones en forma adecuada. Facilitando la formación de un *stock*.

3) Obligación de dar asistencia técnica, durante la vigencia del contrato, y no interferir en el manejo de la empresa del franquiciado, respetando el derecho de exclusividad

4) Compromiso de capacitar al personal. Dar al franquiciado el conocimiento, entrenamiento y mantenimiento actualizado para su adecuada operatividad.

11. DERECHOS DE LAS PARTES

Constituyen derechos del franquiciante:

a) Exigir el pago de la remuneración convenida, así como los derechos de regalía en caso de haber sido pactados.

b) Vigilar que no se perjudique la imagen del producto.

c) Hacer que se respeten sus derechos de propiedad industrial, representado por marcas y nombres que se ponen a disposición del franquiciado.

d) Exigir que el franquiciado se sujete a las normas del manual de operación a fin que la producción o distribución del producto mantenga su homogeneidad.

e) Tener acceso a la documentación del franquiciado, para supervigilar su adecuada operatividad, dado que una parte de la retribución suele fijarse en un porcentaje sobre las ventas.

Constituyen derechos del franquiciado:

a) Que el franquiciante le proporcione los productos en forma regular, y que sean de calidad.

b) Exigir que se le dé preparación inicial convenida, así como el entrenamiento comprometido.

12. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Es un contrato de duración prolongada, por razón de la inversión, la captación de nueva clientela y por la determinación de la zona asignada.

Esta relación prolongada implica el tener que dar un aviso de culminación del contrato, y si es necesario, cubrir una indemnización que se deberá pactar.

Dado que el contrato no se encuentra tipificado, no se contempla en forma específica la falta grave que motivaría la terminación del contrato, ni la renovación tácita del mismo. Debe existir una regulación que proteja al más débil en la relación contractual.

En nuestra legislación se establece que, para los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, es necesario, para ponerles término a su existencia, un pre-aviso enviado por carta notarial, con una anticipación no menor de treinta días; transcurrido el plazo, el contrato queda resuelto de pleno derecho.

La legislación belga exige una causa grave para terminar el contrato, dándose así protección al más débil.

Es común que se pacte en estos contratos una reventa de todos los productos al franquiciante, pues de nada le servirá al franquiciado quedarse con productos que ya no podrá colocar, precisamente por la terminación del contrato.

Cápítulo XXV
CONTRATO DE FUTUROS

1. Introducción. 2. Objetivo. 3. Definición. 4. Operaciones en el mercado de futuros. 5. Origen de los contratos de futuro. 6. Principales bolsas de futuros. 7. Clasificación de los mercados de futuros. 8. Clasificación de los mercados de futuros. 9. Clasificación de los mercados de futuros. 10. Contrato de futuro y contrato *forward*. 11. Contrato de futuro y el contrato de opción. 12. Contratos de *swaps*. 13. Terminación del contrato de futuros. 14. La compraventa de bienes futuros en el Derecho Civil y en el Derecho Bursátil.

1. INTRODUCCIÓN

Entre los riesgos que origina la transferencia de productos en una fecha futura se encuentra las fluctuaciones de los precios debido a causas no previsibles, tales como: fenómenos naturales, especulación, paralización de actividades, conmoción civil, etc.; estas fluctuaciones pueden determinar una ganancia para el vendedor si el precio pactado es menor al del mercado al momento de la entrega, y en consecuencia una pérdida para el comprador, o viceversa, una pérdida para el vendedor si el precio del mercado al momento de la entrega es mayor al pactado y por lo tanto una ganancia para el comprador.

A fin de cubrir los riesgos por la variación de los preciso surgen los mercados de futuros, el que comprende en un primer momento a los productos agrícolas y ganaderos, a los metales (oro, plata, cobre), a los productos energéticos (petróleo, gas), etc., a los que se les conoce con el nombre de *commodities*. Posteriormente, a partir de la década de los años setenta del siglo pasado esta cobertura de riesgo se va aplicar también a los instrumentos financieros, a fin de reducir el riesgo de

cualquier operación efectuada con los denominados «productos financieros», debido a las fluctuaciones que se presentan en el tipo de cambio de las diferentes divisas, la tasa de interés, el plazo de pago de los préstamos, etc., debido a situaciones económicas, especulación, y por los llamadas «temporales financieros».

En un principio estas transacciones se realizan en los denominados mercados *forward* o a plazo, caracterizándose por la negociación directa de las partes. Sin embargo al originarse controversias debido a las diferentes interpretaciones que las partes daban a los términos del contrato, así como el incumplimiento del mismo, dieron lugar a serios problemas entre las partes, y a la aplicación de sanciones económicas por el desistimiento de concluir con el contrato, lo que trajo como consecuencia el encarecimiento de las garantías y los costes generales de la transacción.

Los inconvenientes surgidos en los mercados *forward* originaron el nacimiento de los denominados mercados de futuros, siendo estos mercados organizados que se caracterizan por la seguridad y la liquidez del mercado.

En los contratos que se celebran en este mercado intervienen el vendedor (oferente) que se compromete a entregar el bien transado, de quien se dice que ha tomado una posición corta (*short position*), en cambio, el comprador que ha comprado a futuro, se dice que ha tomado una posición larga (*long position*).[1] A la firma del contrato el comprador o vendedor realiza un depósito, aproximadamente del 3% al 8% del valor del contrato, el cual constituye el margen de garantía. El contrato una vez celebrado se «despersonaliza» de tal forma que es la Cámara de Compensación quien funge de comprador para el vendedor y de vendedor para el comprador,[2] de esta manera, se señala,[3] que tanto quienes asumen posiciones *long y short* no establecen obligaciones financieras entre si, sino más bien contraen obligaciones con la Cámara de Compensación.[4]

---

[1] La posición corta (*short position*) corresponde al vendedor y se encuentra motivada por la expectativa que el precio futuro baje de los niveles en que se encuentra el día en que se cierra el contrato, esperando de esta manera obtener una ganancia; y la posición larga (*long position*) corresponde la comprador, y es la postura de negociación que toma cuando se tiene la expectativa que el precio de la mercancía suba en el futuro, de modo tal que se comprará hoy lo que en el futuro costará más.

[2] Jaime DÍAZ TINOCO, *Futuro y opciones financieras. Una introducción*, Editorial Limusa Grupo Noriega Baldera. México, 1966, p. 17.

[3] CONASEV, *Estudio de la Bolsa de Productos en el Perú*, Lima, 1993, p. 46.

[4] La cámara de compensación tiene como función principal otorgar la seguridad y liquidez necesarias para el buen fin de las transacciones, garantiza el cumplimiento de los compromisos asumidos por ambas partes en el contrato de futuros. Entre las funciones que desarrolla se encuentran las de registro, liquidación, compensación y garantía del buen fin de la operación. Para garantizar los contratos realizados a través de ella los socios o miembros liquidadores apor-

En los contratos a futuro es posible que el compromiso de comprar o vender pueda concluirse antes de la fecha de la ejecución realizándose una operación inversa en la Bolsa. En este caso la diferencia entre el precio al que fue abierto el contrato y el precio al que se realizó la operación inversa representa la utilidad o pérdida de la participación en futuros.

En cuanto a la formación del precio de los productos que se transan dependen de las expectativas generadas para los próximos meses que se estiman se presente en relación con dichos productos.

La diferencia entre el precio futuro y el precio «spot», que es el vigente en el mercado al momento de la operación, representa el riesgo por las fluctuaciones futura del precio del producto.[5]

---

tan un depósito de garantía con liquidación diaria, además de, un margen o depósito inicial por cada operación de compraventa realizada.

[5] En el mercado *spot* o disponible, los contratos pueden ser:

a) Operaciones de disponible o entrega inmediata, y;

b) Operaciones disponibles para entrega a plazo.

Cuando se trata de operaciones de entrega inmediata los productos están almacenados y disponibles. En cuanto al precio *spot* o de físicos este constituye la base para la formación de los precios futuros.

Tratándose de la entrega a plazo, tienen por finalidad asegurar al vendedor la entrega del producto en una fecha futura y al comprador la colocación de su producto, el mismo que estará disponible en un futuro. Estas operaciones se realizan generalmente entre productores, consumidores y almacenistas. El precio y la forma de pago quedan validados en el momento de cierre de la operación.

Según la Resolución de CONASEV, Reglamento de Operaciones de Rueda de Operaciones de Rueda de Productos de la Bolsa de Productos de Lima, en su art. 29. inciso b, dispone que las partes se comprometen a entregar el producto en una fecha posterior al tercer día útil y hasta los (90) días calendarios siguientes a la fecha en que se realizó la transacción.

Dentro de este mercado el mencionado reglamento considera, en su art. 29-c, a los contratos de entrega diferida, en este caso los productos no se encuentran en posesión del vendedor a la fecha de su negociación, pero que estarán para su entrega en la fecha prevista en el contrato. Asimismo, se considera de entrega diferida cuando el producto se encuentra como tal en posesión del vendedor pero fuera de territorio nacional. El precio y forma de pago quedan validados en el momento del cierre de la operación. En este tipo de contratos, dispone el art. 29-d, el producto debe de ser entregado dentro de los ciento ochenta (180) siguientes a la fecha en que se realizó la transacción.

La reglamentación también considera la operación de reporte, que es un contrato mediante el cual un vendedor respaldado por un certificado de depósito vende el producto a un determinado precio prefijado. Dicho plazo no podrá ser mayor de 90 días calendarios. Ambas operaciones se instrumentan en un único documento.

Por otra parte, en la mayoría de los casos los futuros se liquidan mediante pagos en efectivo o con la cesión de otros títulos de créditos, pero no con la entrega de los activos subyacentes.

2. OBJETIVO

La doctrina coincide en señalar que entre los principales objetivos de los mercados de futuros –y del contrato de futuros en particular– se encuentra el de procurar la asignación más eficiente de recursos en la economía, constituyéndose en un instrumento de planificación y formación de precios al permitir a los agentes económicos cubrirse de los riesgos asociados a fluctuaciones no anticipadas en el precio de los productos, en las paridades cambiarías, tasas de interés, precios de acciones, y precios de los productos sujetos a contrato.

3. DEFINICIÓN

Las operaciones en el mercado de futuro se instrumentan en los denominados contratos de futuros, los que se definen como aquellos en que las partes intervinientes se obligan a comprar o vender una determinada cantidad de activos (reales o financieros) en una fecha futura, a un precio establecido anticipadamente. En estos contratos, al momento de cierre o de toma de alguna posición, se determina las condiciones de precio o entrega que deben ejecutarse al vencimiento.

Otros definen el contrato de futuros como un acuerdo mediante el cual las partes que intervienen se «obligan» a comprar o vender un número determinado de activos, a un precio establecido a la firma del contrato, cuya entrega se realizará en una fecha futura especificada anticipadamente.[6]

Una definición descriptiva entiende el contrato de futuros como el acuerdo mediante el cual una persona, en su condición de vendedor, se obliga a entregar en una fecha futura determinada, una cierta cantidad de productos, instrumentos financieros, moneda extranjera u otro bien, a un precio establecido al celebrar el contrato, con la finalidad de asegurar el precio de sus mercaderías a un comprador que se obliga a pagar el precio determinado en la fecha establecida y a recibir el producto con las expectativas de ambas partes de obtener ganancias provenientes de las diferencias que se originen en los precios de las mercaderías.

El Decreto Supremo Nº 105-1995,[7] modificado por el Decreto Supremo Nº 152-97-EF, define al mercado de futuros como aquel en el cual se negocian contratos estandarizados de compraventa de productos previamente definidos, en los

---

[6] A. BERGÉS y E. ONTIVEROS, *Mercados de Futuros con Instrumentos Financieros*, Editorial Pirámide, Madrid, 1984.

[7] Reglamenta la Ley Nº 26361, que crea la Bolsa de Productos.

cuales compradores y vendedores determinan, al momento de celebrar el contrato, la cantidad, precio y vencimiento del contrato negociado. Cada una de las partes asume el compromiso de celebrar el correspondiente contrato con la Cámara de Compensación y de pagar o recibir de ésta las ganancias producidas por las diferencias de precios del producto negociado mientras el contrato esté vigente.

De un modo mas preciso, señala Barbier,[8] el contrato a término o de futuro es aquel en virtud del cual dos partes convienen en intercambiar una cantidad determinada de un activo subyacente[9] (real o financiero) en una fecha futura y determinada.

Las operaciones a futuro implican que tanto el comprador como el vendedor asumen obligaciones de compra o venta, cuya liquidación (física y financiera) es diferida a una fecha futura determinada. Dicho en términos más simples, en los mercados a futuro se compra sin pagar y se vende sin entregar. Una característica fundamental de estos mercados es el ajuste diario del valor de los contratos, el cual se traduce en una ganancia o en una pérdida para las partes intervinientes.[10]

Las negociaciones de estos contratos se realizan a través de los mercados organizados llamados Bolsa de Futuros. Aunque también se negocian en los mercados no organizados, a los que se les conoce como «over the counter», cuyas siglas corresponden a OTC (traducido como «operaciones de mostrador»).[11] En los mercados organizados se negocian contratos estandarizados, los que por naturaleza elimina o minimiza las diferentes interpretaciones que pueden darse a su texto, en particular en lo que se refiere a la fecha de vencimiento, a la liquidez del contrato expresado en la contrapartida del mismo y al riesgo del crédito debido al funcionamiento de la cámara de compensación.

---

[8] Eduardo Antonio BARBIER, *Contratación Bancaria*, T. II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 434.

[9] El activo subyacente consiste en el activo básico que se encuentra detrás de un contrato de futuro (*commodity*) o financiero.

El precio de un activo subyacente, y su variación, puede estar influenciada por su valor de realización de cotización, o de determinación en el mercado que lo genera. La denominación de contratos derivados proviene a que los riesgos y fluctuaciones están sujetos a la evolución futura de una variable subyacente, la que no depende de la acción de las partes, sino de las circunstancias del mercado. Entre los derivados se encuentran las operaciones de cambio cuyo valor está sujeto a otro factor especialmente considerado por las partes.

[10] José TOLA NOSIGLIA, *El Mercado de Valores y la Bolsa en el Perú*, Editorial Mass Comunicaciones, Lima, 1998, p. 123.

[11] Los mercados «Over the Counter» generalmente operan bajo las siguientes características: no tienen ubicación física; implican pocas referencias normativas (se rigen por algunas cláusulas específicas de comercio); se trata de operaciones hechas a la medida, de acuerdo a las necesidades de los usuarios.

En los mercados no organizados OTC, las transacciones pueden llevarse a cabo entre dos participantes, mientras que en los mercados organizados interviene además el corredor o agente.[12] Los contratos en este mercado presentan la ventaja de adaptarse a las características de cada usuario en detalle o «a la medida» de cada cliente, cada uno de los términos son acordado por las partes.

Entre los inconvenientes que las transacciones tienen en este mercado, se encuentran la falta de estandarización en sus términos, lo que puede dar lugar a complicados procesos legales de ocurrir desacuerdo en la interpretación del contrato al vencimiento. En segundo lugar, la falta de liquidez del contrato, ya que sus condiciones están adaptadas a las necesidades de los contratantes iniciales; le restar el atractivo necesario para una mayor convergencia de transacciones, lo que implica elevar los gastos administrativos y de investigación.[13]

4. OPERACIONES EN EL MERCADO DE FUTUROS

En cuanto a las operaciones que se realizan en este mercado, las mismas están constituidas por: a) los activos reales, como los *commodity*[14]; y, b) los activos financieros como: divisas, índices bursátiles o valores de renta fija (bonos, letras, papeles comerciales, pagarés, etc.), y acciones, los que tienen una alta volatilidad en sus precios.

5. ORIGEN DE LOS CONTRATOS DE FUTURO

Dentro del desarrollo histórico de este tipo de contratos, como antecedente remoto, se encuentran algunos convenios celebrados en el Emirato de Bahrein hace 2,000 años, o por Tales de Mileto, de quien se asegura adquirió el derecho sobre todos los molinos de su ciudad ante la esperanza de una buena cosecha. En todo caso el precedente más representativo es el constituido por las Letras Feriales medievales que suponían transacciones a liquidarse en fecha futura.

En ese entonces las ferias constituían centros de contratación de mercaderías físicas o «spot»; las compras que se realizaban concluían con la entrega inmediata de la mercadería. Al aumentar el volumen de las transacciones se hizo cada vez más difícil las transacciones «spot». Por otro lado, los comerciantes incurrían en costos en el traslado de las mercaderías sin tener la seguridad que las mismas

---

[12] En el mercado organizado generalmente las partes no actúan directamente, sino a través de corredores de productos, ya que es también característica de toda la negociación que se lleva a cabo en un mercado específico, la bolsa de productos.

[13] Jorge L. PASTOR, *Mercado de Futuros & Opciones en Instrumentos Financieros y Commodities*, Editorial Supergráfica, 1997, Lima, p. 177.

[14] *Commodity*: Están constituidos por los productos agrícolas, ganaderos, metales, energéticos.

pudiesen ser vendidas, lo que dio lugar al origen del comercio por muestras, donde el vendedor entregaba una muestra de las mercaderías a los compradores para que decidiesen su compra, entregándose con posterioridad a la celebración de la feria en el lugar acordado; a estas operaciones se les reconoce como el inicio de las operaciones a futuros.

Sin embargo se considera que el verdadero origen de este contrato se encuentra a fines del siglo XVII, en el Japón, como resultado de la comercialización del arroz por los señores feudales, producto que sus súbditos le entregaban como tributo. En un afán de poder disponer del efectivo suficiente para ejecutar obras y financiar las guerras de conquista, los señores feudales comercializaban un recibo de venta de almacenaje de su producto, que no era otra cosa que el tributo recaudado (arroz) y almacenado en diversos centros como Osaka y Endo. Este tipo de documento o certificado, se asimiló a la moneda corriente, el sistema incluso tuvo óptimos resultados, pues los comerciantes negociaban sus certificados ofreciéndolos como garantía.

En el año de 1869 el emperador reconoció oficialmente los mercados de arroz, regulando su funcionamiento con disposiciones muy similares a las existentes en la actualidad, tales como:

1. Cada contrato debía tener una duración o plazo determinado;
2. Todos los contratos contaban con las mismas características;
3. Ningún contrato podía prorrogarse o posponerse para otro término;
4. Los contratos se perfeccionaban a través de una bolsa; y,
5. Cada contratante debía establecer una línea de crédito con la Bolsa de su satisfacción.

Oficializado el uso de este tipo de mercado, y regulado su funcionamiento, se extendió su aplicación a otros productos, como aceites, combustibles, algodón y metales preciosos, aunque estos no alcanzaron el desarrollo que tuvo el de arroz.

Desde ese entonces evolucionó el mercado de futuros, desarrollándose principalmente en los Estados Unidos y en Inglaterra en las bolsas de productos. Así, en los Estados Unidos de América se creó, en 1848, el «Chicago Board of Trade» (CBOT), la que es actualmente la mayor bolsa de futuros del mundo. Finalmente, en la década del setenta del siglo pasado, las bruscas alteraciones del sistema monetario internacional y la inestabilidad de las tasas de interés originaron un mayor desarrollo de las bolsas de futuros.

6. PRINCIPALES BOLSAS DE FUTUROS

Los contratos de futuros están vinculados al origen de la bolsa de productos, por ser este el lugar donde se efectuaban las negociaciones de dichos contratos.

En un principio las transacciones no tenían las características de hoy. Ante el incremento de los precios el vendedor podía venderlo al mejor postor, y por otro lado el comprador, ante esta circunstancia, o por falta de recursos, podía negarse a comprar la mercadería. Las transacciones en la bolsa de productos surgen para garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos, es así que, como ya hemos indicado, en los tiempos modernos se funda, en el año de 1848, *The Chicago Board of Trade* (CBOT), que normalizó el comercio de granos para entregas futuros.

Por otra parte, en la bolsa de productos empieza a gestarse un elemento importante que definiría, posteriormente, a todas las demás operaciones de cobertura: la no exigibilidad de la entrega-retiro de los bienes contratados. Es decir, llegado el momento de la entrega-retiro de la mercadería, el operador se acostumbró a realizar la operación contraria. De esta forma anulaba su posición con la bolsa, liquidándose tan sólo la diferencia entre el precio del día de apertura de la posición con aquella del día de cierre de la misma.

Se diferencia en consecuencia la operación vinculada sólo a la fijación del precio (en bolsa), de la operación netamente comercial de entrega-retiro de mercadería (directamente con el cliente), utilizándose el valor en bolsa como instrumento para definir el precio en la transacción comercial.

Posteriormente a la CBOT surgen bolsas donde se tratan ciertos productos específicos, es así que, en el caso de los metales, se encuentra la Bolsa de Metales de Londres (London Metal Exchange o LME) y la Bolsa de Nueva York -New York Commodity-Exchange (COMEX); esta última empieza a funcionar en 1933, a raíz de la fusión de varias bolsa de metales de Nueva York que operaban con futuros. La LME opera únicamente con metales, entre los cuales destacan los siguientes: cobre, estaño, aluminio, níquel, plomo, zinc plata, siendo el mercado más antiguo e importante, su fundación data de 1876. Además de las bolsas mencionadas, se encuentra la *Shenzhen Metal Exchange* (SME) de China, fundada en 1992.

En cuanto al petróleo, el contrato de futuros de este producto involucra 7 contratos, repartidos básicamente en dos plazas: la New York Mercantile Exchange (NYMEX) y la International Petroleum Exchange (IPE) de Londres.

Respecto a los instrumentos financieros, que son los «productos» del mercado de capitales, destacan, en el plano internacional, los contratos referidos a las tasas de interés y a los índices de valores. El primer grupo está compuesto básicamente por los contratos sobre bonos del tesoro norteamericano en la CBOT; sobre eurodólares, en la Chicago Mercantile Exchange (CME); sobre bonos japoneses a 10 años, en la Tokio Stock Exchange (TSE); y sobre bonos del tesoro francés, en la Marché á Terme des Instruments Financiers (MATIF). En cuanto a los índices de valores, el segundo grupo incluye fundamentalmente los índices Standard & Poor's (S&P) 100 y 500, negociados en la Chicago Board Options Exchange (CBOE) y en la CME, respectivamente.

Las principales bolsas que negocian contratos de futuros y de opciones sobre monedas son la CME y la Philadelphia Stock Exchange (PHLX). Los tipos de cambio relevantes se establecen con respecto al dólar norteamericano, aunque también existen intercambios directos entre algunas monedas.

Hay también una serie de bienes que se transan en las bolsas de futuros a los que se denomina productos exóticos como, por ejemplo, índices sobre fletes, índice meteorológico, índices inmobiliarios, índice de reaseguros, medio ambiente (que fue incorporado por la CBOT en junio de 1992, a través de un contrato de futuros sobre «aire puro» o *Clean Air Futures*), fertilizantes, etc.

En el Perú el uso de los mercados de futuros no es nuevo. Durante la década de los setenta del siglo pasado Minero Perú Comercial (MINPECO) efectuó una serie de operaciones de cobertura por cuenta de empresas mineras nacionales.

7. CLASIFICACIÓN DE LOS MERCADOS DE FUTUROS

Según las operaciones que se realicen, se puede distinguir los siguientes mercados de futuros:

1. De materias primas o *commodities* ;
2. De instrumentos financieros:
   - 2.1. De divisas (tipo de cambio de monedas);
   - 2.2. De tasas de Interés (pagarés, bonos, certificados de ahorros);
   - 2.3. De índices bursátiles; y,
3. De productos denominados «exóticos», el cual refleja lo ilimitado del ámbito en el que puede desarrollarse un mercado de futuros.

En cuanto al mercado de futuro de los instrumentos financieros, a los que se les llama también «derivados», surgen como consecuencia de las operaciones de *commodities* que se realizaban en las distintas bolsas de productos del mundo. A estos instrumentos se les conoce como «derivados» en consideración a que sus precios, plazos y demás características dependen de la de otros activos (representados por el derivado), llamados estos a su vez subyacentes (acciones, tipos de interés, mercaderías).

En lo que se refiere a los contratos sobre tipo de cambio estos permiten comprar o vender una cantidad determinada de una moneda extranjera a un precio pactado para entrega en una fecha futura determinada. De esta manera los mercados a futuro de divisas constituyen una alternativa concreta para minimizar el riesgo asociado a fluctuaciones de tipo de cambio. En consecuencia, señala Pastor,[15] las operaciones de comercio exterior efectuadas entre exportadores e

[15] Jorge L. PASTOR, *op. cit.*, p. 170.

importadores se observan más seguras debido a la utilización de los mercados de futuro que diseña estrategias adecuadas en la cobertura de sus operaciones, maximizando así las utilidades y minimizando posibles pérdidas por exposición al riesgo de cambio.

El objeto de los contratos de futuros sobre tasa de interés recae sobre el interés de los títulos de crédito (papeles comerciales, pagarés, bonos, etc.), de préstamos de dinero depósitos interbancarios, etc., utilizándose los contratos para compensar futuras variaciones en las tasas de interés, estando el valor de los contratos en función de las tasas de interés del mercado y en relación inversa al precio del activo, si la tasa del mercado sube. El precio del activo baja ya que el interés que devenga el mismo es menor que el del mercado en ese momento, y viceversa. A su vez la empresa que tiene una posición larga comprará un contrato de futuros para protegerse contra un descenso en las tasas de interés que ocasionará la subida de precio del activo subyacente. La empresa que tiene una posición corta venderá un contrato de futuros para protegerse contra un aumento en las tasas de interés que ocasionará un descenso en el precio del activo subyacente.

En cuanto a los contratos de futuros sobre índices bursátiles se le define como un acuerdo entre las partes, cuya entrega o recepción del valor del producto dependerá de un índice bursátil, compuesto por una canasta de acciones que identifican dicho índice. En estos contratos se negocia el valor monetario que en una fecha futura tendrá un determinado índice bursátil.[16]

La Ley Nº 26702, del 19 de diciembre de 1996, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en su Título III (Operaciones y Servicios), Capítulo I (Normas Comunes), art. 221, inc.16 faculta a las empresas bancarias (previa autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros. art. 283) a «Tomar o brindar cobertura de «commodities», futuros y productos financieros derivados».

8. PARTICIPANTES

En los mercados de futuro podemos advertir tres tipos de participantes:[17]

1) *Coberturista (Hedger):* Son quienes buscan protegerse del desfase de los precios de los productos. Se presume que el precio de la mercadería puede cambiar antes de que haya comprado, o en su caso, vendido la mercancía; busca la cobertura de un riesgo existente.

Los coberturistas (inversionistas pasivos), también llamados «hegder», buscan cubrirse del riesgo de los movimientos adversos en el precio futuro de los

[16] *Id.*, p. 165.

[17] José TOLA NOSIGLIA, *op. cit.*, p. 124.

activos reales o financieros que afectarían sus inversiones en el mercado de contado, para ello toman una posición en el mercado de futuros que les permita protegerse de dichas variaciones.

Las operaciones de cobertura se realizan teniendo en cuenta los precios en el mercado al contado (mercado *spot*), y considera una posición en el mercado de futuros que sea igual en magnitud, aunque opuesta en su sentido, a la posición en el mercado *spot*. Se trata de compensar la probable pérdida en un mercado con la probable ganancia en el otro.

A través de esta operación se trata de evitar pérdidas derivadas de la volatilidad de los precios que se están comerciando, consiguiéndose no el mejor precio, pero si un precio con alguna rentabilidad que compense los gastos realizados en el proceso de producción.

Se menciona como ejemplos el caso del productor agropecuario, que al tiempo de la siembra, quiere asegurarse un precio de venta para la época de la cosecha, o del exportador que procura neutralizar las variaciones del tipo de cambio o del agente financiero que quiere garantizar un rendimiento mínimo a los fondos que administra, o, en su caso, para neutralizar los riesgos de la imposibilidad de cobrar la cartera de créditos que administra.[18]

2) *Especuladores:* Quienes asumen el riesgo de las fluctuaciones de los precios.

Los especuladores (inversionistas) son usuarios del mercado que están dispuestos a asumir riesgos, tomando alguna posición para beneficiarse de los movimientos en los precios de los diferentes activos reales o financieros de acuerdo a sus expectativas. La efectiva realización de tal beneficio depende de su capacidad de anticipar correctamente las variaciones. Si un usuario prevé un aumento en el precio de un activo en el mercado, comprará un contrato de futuros esperando cancelar su posición en el momento en que los precios hayan subido por encima del pactado en el contrato, sin embargo si prevé una baja en el precio, venderá el contrato. Los especuladores tratan de predecir los movimientos de precios a plazo determinados y lucrar con dichas variaciones. En este tipo de operaciones el especulador puede comprar contratos sin desembolsar el íntegro del precio, para tal efecto recurre a los márgenes, que consiste en un porcentaje del valor total de los productos que se debe desembolsar para intervenir en el mercado.

3) *Corredores*: Nexo entre los clientes y la bolsa. Estos actúan en la Bolsa de Valores y constituyen el nexo entre el comprador y vendedor al ofrecer las propuestas de sus clientes a efecto de concertar la operación con corredores que a su vez tienen propuestas para adquirir.

---

[18] Eduardo Antonio BARBIER, *op. cit.*, p. 433.

9. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE FUTUROS

Entre las principales características de los contratos a futuro se pueden mencionar las siguientes:

a) Autónomo. Es un contrato principal que no depende de otro contrato, tiene una existencia propia;

b) Complejo. Presenta diferentes matices a lo largo de su existencia, partiendo de la fecha de entrega, el pago del margen de garantía, la despersonalización del contrato en sí y la forma de liquidación;

c) Mixto. Se inicia como un contrato con prestación bilateral para luego pasar a ser un contrato con prestación unilateral, ya que el contrato queda a libre ejecución de los contratantes antes de la fecha de vencimiento para, finalmente luego, pasar nuevamente a ser un contrato con prestaciones bilaterales reciprocas;

d) Oneroso. Se da un enriquecimiento por un lado y un empobrecimiento por el otro lado;

e) Aleatorio. Implica un riesgo para las partes en cuanto es imprevisible el beneficio que el acto puede reportar; existe la incertidumbre a las ventajas o pérdidas que pueden producirse, debido a los acontecimientos fortuitos que puedan presentarse, como en el caso de los productos agrícolas los imponderables del clima, que tiene una repercusión directa sobre los precios; en este tipo de contratos la volatilidad en el precio es el factor fundamental para la existencia de mercado de futuros.

f) Prevención o previsión. El contrato tiene por finalidad la cobertura de determinados riesgos. Las fluctuaciones en los precios de las cotizaciones determina que en este contrato lo que se busca es protegerse de la volatilidad o riesgo de variación de precios, teniendo en cuenta que el elemento fundamental está dado por el tiempo, ya que existe un desface temporal entre la fecha de celebración del contrato de compraventa y el ejercicio del mismo;

g) Adhesión. Estos contratos son estandarizados,[19] además de estar sujetos a las reglas en lo que se refiere al plazo, volumen, etc., en los mercados donde se negocian; son contratos tipo, conforme a su característica de homogenización, o estandarización, se trata de contratos impresos en formularios en las que hay que llenar el nombre del cliente, la calidad o canti-

[19] Entre las principales características de estos contratos se encuentra el de estar estructurado en base a directrices preestablecidas e iguales para todos los inversionistas respecto a: monto o tamaño de los contratos, fecha de maduración, activo subyacente (productos, moneda o acciones), entre otras. Consecuentemente, la única variable negociable la constituye el precio.

dad de la mercadería y la fecha de entrega del bien. Esta homogeneidad permite que estos contratos sean intercambiables y rápidamente negociables entre compradores y vendedores (liquidez efectiva), lo cual faculta a su vez a que sean cancelables con una transacción opuesta a la asumida primigeniamente.

En nuestro sistema la Resolución de CONASEV Nº 067-96-EF/94 del 5 de marzo de 1996, determina los modelos o formatos de contratos o títulos a ser negociados en la bolsa, así como sus modificaciones deberán ser aprobados por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).

h) Atípico. Pese a tener un *nomen juris* contemplado en la legislación nacional, carece de regulación específica en lo que se refiere a su contenido, obligaciones y características, siendo sus estipulaciones establecidas mediante formatos que deben ser aprobados por la CONASEV.

Adicionalmente, debe tenerse en consideración que en el contrato de futuros se reúne, particularidades del contrato de compraventa, pues son elementos obligatorios de todo contrato de futuros el detallar: 1) la mercadería tipo y especificaciones; 2) volumen o cantidad; 3) lugar de entrega de la mercadería; 4) período o fechas de entrega, y; 5) envase y embalaje o sistema a granel, sin dejar de mencionar que también contiene obligaciones propias de la comisión mercantil, en lo que se refiere a la relación entre los coberturistas del riesgo, especuladores y los corredores de productos, conforme lo señala el art. 13 de la Ley Nº 26361 que crea la Bolsa de Productos.

i) Sinalagmático. Es un contrato con prestaciones recíprocas puesto que las obligaciones de cada una de las partes tienen su razón de ser en la obligación asumida por la otra u otras. Crea la obligación al comprador-vendedor del contrato de aceptar recibir o entregar el producto o liquidar su posición por medio de la compraventa de un contrato de futuro antes de la fecha de entrega.

j) Formal y escrito. Puesto que se entiende celebrado con el sólo registro en la Cámara de Compensación.

k) Duración y ejecución continuada. Funciona sin interrupción y esta destinado a surtir efectos durante un tiempo más o menos prolongado.

10. CONTRATO DE FUTURO Y CONTRATO FORWARD

Los mercados a futuro tienen como antecedente a los mercados *forward*, diferenciándose en que opera en un ámbito extra bursátil (*Over the Counter*); se negocian igualmente contratos entre compradores (posición larga) y vendedores (posición corta), con el compromiso de entregar o recibir un producto determinado a

una fecha determinada y a un precio predeterminado, en este tipo de mercado no existe la obligatoriedad de entregar o recibir el producto. Por otra parte los contratos son hechos «a medida», es decir, pactados por las partes estableciendo el contenido que a ambas conviene, mientras que los contratos de futuros son estándares y negociados en un mercado organizado donde se cotizan.

Entre las principales diferencias, entre estos contratos se puede mencionar:

a) Si bien ambos son contratos a plazo determinado, los contratos *forward* no se encuentran sujetos a normas de homogenización en lo que a plazos y montos se refiere.

b) Los contratos *forward* son usualmente intransferibles, lo que determina la no existencia de negociación secundaria.

c) Los contratos *forward* siempre se ejecutan entregando los productos a cambio del precio, a diferencia de los contratos sobre futuros que pueden compensarse o liquidarse tomando una posición contraria antes del vencimiento del contrato, existe poca importancia de la entrega física en los futuros.

d) El contrato de futuros se celebra a través de una cámara de compensación en el ambiente de la bolsa, mientras que los contratos *forward* son privados, pues se celebran entre dos partes.

e) En el contrato de futuros para abandonar una posición basta con realizar la operación contraria, en el contrato *forward* el contrato se anula en la fecha de vencimiento.

f) En el contrato de futuros no existe riesgo de impago de la contraparte debido a la intervención de la cámara de compensación, situación que no ocurre en el contrato *forward* donde existe riesgo de impago de la contraparte.

g) En el contrato de futuros los inversionistas deben depositar una garantía para actuar en la bolsa, mientras que en el contrato *forward* no existe garantía, los pagos se realizan en la fecha de vencimiento.

Debido a las alzas y bajas de las tasas de interés que surgen en los mercado financieros, en la década de los setenta del siglo pasado se desarrollaron los «Acuerdos de Intereses Futuros», que responden a las siglas en inglés de FRAS (*Forwards Rate Agreements*). El FRAS constituye un acuerdo entre dos partes, una que desea protegerse contra un alza de intereses futuros, y la otra contra una caída futura, sin ningún compromiso de prestarse el monto del principal; las partes acuerdan mantener una tasa de interés durante un período determinado, saldando, pagando (o recibiendo) sólo la diferencia entre las tasas de interés fijada en el acuerdo y las vigentes en el mercado al momento de la conclusión del acuerdo.

11. CONTRATO DE FUTURO Y EL CONTRATO DE OPCIÓN

Al contrato de opción se le define como aquél en que una parte adquiere –mediante el pago de una prima– el derecho a comprar o vender un activo específico en una fecha futura y a un precio determinado al momento de celebrarse el contrato.

En este sentido, la opción da la posibilidad o el derecho a comprar o vender, sin que exista obligación de concretarse; depende en última instancia del interés de ejercitarla. En cuanto a la prima que corresponde pagar, la misma se fija en función de las expectativas del valor del bien al momento en que podría ejercitarse este derecho.

Al adquirir la opción se adquiere el derecho, más no la obligación, pudiendo entonces el tenedor hacer efectivo o no ese derecho, el que se adquiere mediante el pago de una prima, la que se considera como si fuese una prima de seguro, que concede la potestad a quien la adquirió el derecho de protegerse ante lo adverso.

Dentro del Derecho Bursátil se considera opción a aquellos títulos mediante los cuales se obtiene el derecho de comprar (*call*) o vender (*put*) un bien, a un precio determinado conocido como precio de ejercicio (*exercise stricking price*), dentro de un plazo preestablecido o a una fecha específicamente señalada.[20]

Como se puede apreciar en el contrato de opción, se faculta al optante celebrar o no un determinado contrato, mientras en el contrato sobre futuros se trata de un contrato principal con sus propias obligaciones, que tiene dos formas de ejecución, ya sea vendiendo o comprando productos o tomando una posición contraria a la inicial, es decir, si estoy vendiendo compro, y viceversa

Así, señala Barbier,[21] la opción ofrece la posibilidad a su comprador (importador-exportador) de comprar o vender una divisa concreta a un precio determinado y en una fecha concreta. La mecánica luego se extendió para neutralizar los riesgos de intereses fijos y variables, y más tarde a neutralizar las fluctuaciones en los precios de mercancías.

En cuanto al momento del ejercicio de la opción, puede ser: a) al vencimiento del plazo acordado; b) o en su defecto en cualquier momento, desde la fecha de celebración del contrato hasta la fecha estipulada.

La conveniencia de su ejecución dependerá de la comparación entre el precio *spot* del activo subyacente y el precio de ejercicio de tal opción. En cuanto a la ejecución de la opción se distingue la *opción americana*, que es aquella cuyo derecho puede ser ejercitado en cualquier momento de la vida de la opción, y la *opción europea* que únicamente puede ser ejercitada el día del vencimiento.

---

[20] Ricardo PESCALE, *Análisis Financiero*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1992, p. 621.

[21] Eduardo Antonio BARBIER, *op. cit.*

En nuestra legislación, el art. 1419 del C.C., señala que una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra parte tiene el derecho de celebrarlo o no; lo cual en esencia tendría que ser casi similar al contrato de opciones del Derecho Bursátil, a no ser por la existencia del pago de la «prima».

Por su parte el art. 1420 del C.C. regula el contrato de opción reciproca, en la que el contrato de opción puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes. Esta figura es única, no existe dentro del Derecho Bursátil.

El art. 1422 indica que el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo, estableciendo el art. 1423 del C.C. (modificado por la Ley Nº 27429) que toda opción está sujeta a un plazo determinado o determinable, de no establecerse este deberá por un año.

El Decreto Supremo Nº 105-95-EF (Disposiciones Reglamentarias de la Ley de la Bolsa de Productos) define, en su artículo 1, inciso c, al mercado de opciones como: «aquel en donde se negocian contratos a través de los cuales el comprador adquiere, a un cierto valor llamado prima de la opción, y por un plazo establecido, el derecho de comprar o vender a un precio prefijado un número determinado de unidades de un producto previamente definido. Vencido el plazo de vigencia de la opción el derecho caduca. En dicho contrato el vendedor se obliga a vender o comprar el activo al precio prefijado si lo requiere el comprador dentro del período previamente establecido».

12. CONTRATOS DE SWAPS

Los *swaps* son operaciones destinadas a minimizar el riesgo proveniente de fluctuaciones cambiarías o financieras, en particular cuando cada uno de los participantes de la operación no tiene una correlación de sus activos y pasivos en lo que se refiere a plazos, tasas de interés y moneda, tal el caso, señala Barbier,[22] si uno de ellos ha tomado compromisos en divisas o con determinados tipos de tasas y tiene previstos ingresos por distintas monedas o tipo de interés que responden a diferentes plazos de vencimiento del capital, mientras que el otro registra una posición inversa, debe moneda local y tiene créditos por cobrar pactados en moneda extranjera, o intereses por depósitos a un mayor o menor plazo.

El contrato de *swap* comporta necesariamente un beneficio o una pérdida, según sea la fluctuación de la tasa de interés o de cambio y la posición relativa que ocupa cada una de las partes con relación a esa variable.[23]

---

[22] *Id.*

[23] AGOSTINELLI. *Contratto de swap. Banca, Borsa e Titoli di Credito*, T. IV, 1991, p. 433. Citado por *Id.*, p. 438.

Las modalidades más frecuentes de estas operaciones comprenden las referentes a tasas de interés, monedas y títulos.

En cuanto al *swap* referente a la tasas de interés, las partes se obligan a pagar a la otra, en determinadas fechas previamente acordadas, un monto calculado por referencia al interés devengado en cierto período sobre una monto principal imputado, de modo que cada una de ellas asume el compromiso y aplica distintas tasas de interés sobre el mismo monto. En el plazo acordado se liquida la operación deduciendo los gastos e impuestos, de modo que la parte que adeuda un monto mayor le paga a la otra la diferencia entre los dos montos.[24]

El *«swap* de monedas» es el contrato en virtud del cual una de las partes se compromete a pagar una cierta suma de una moneda recibiendo como contraprestación otra suma de moneda distinta. Al intercambio inicial se suceden pagos periódicos, según se verifiquen diferencias entre ambas monedas, para concluir con el intercambio de la devolución del capital.[25]

En el *«swap* de títulos» la operación se realiza con títulos valores cotizables en bolsa, los que se ofrecen a una entidad financiera como garantía de un préstamo; al serle otorgado el préstamo esos títulos son vendidos, recuperándose el dinero al vencimiento de la operación y luego de que el empresario local haya pagado el capital más los intereses pactados. El otorgante del préstamo debe restituirle los títulos, para lo cual los recompra en el mercado Puede ocurrir que durante ese ínterin los títulos hayan sufrido una variación en la cotización, lo que es un riesgo frente al cual las partes se cubren de diversas maneras, principalmente de naturaleza asegurativa.[26]

13. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FUTUROS

Los contratos de futuros pueden culminar:

a) Por causas normales. Al vencimiento del plazo en el que debe ejecutarse las prestaciones entregando o no la mercadería.

b) Por causas anormales:

   i) Debido a la liquidación por la entrega del producto frente a la entrega del dinero antes del vencimiento del plazo; y,

   ii) Por efecto de la diferencia de precios sin entrega física de la mercancía.

---

[24] Guillermo CABANELLAS, y Ángel MONTES DE OCA, *Aspectos legales e impositivos de las operaciones de «swap» y otras operaciones relacionadas*, Revista de Derecho Bancario y de la actividad financiera, Buenos Aires, 1999, Vol. II, p. 333.

[25] Nicolás MALUMIAN, «Los «swaps» y los contratos derivados», *ED*, 186-1166.

[26] Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, T. III, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 410.

14. LA COMPRAVENTA DE BIENES FUTUROS EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO BURSÁTIL

En cuanto a las diferencias y semejanzas entre los contratos de compraventa de bienes futuros en el Derecho Civil y en el Derecho Bursátil, pueden mencionar las siguientes:

1. En el Derecho Civil existe la obligación de la entrega del bien, siendo su finalidad la transmisión del mismo. En el contrato de futuros el bien deja de ser un elemento esencial. La presencia de éste se convierte en un medio para realizar la negociación, de manera especulativa, además se realiza en un mercado organizado, adoptando los titulares del contrato posiciones contrarias a las que asumen inicialmente, con anticipación al vencimiento del contrato, sin el propósito en gran parte de las transacciones de la posesión del bien, lo que es posible debido a la existencia de la cámara de compensación y al reconocimiento de pérdidas y ganancias, en la liquidación de la posición.
2. La negociación en el Derecho Civil se realiza solo entre oferente y demandante, por regla general; en el Derecho Bursátil la presencia de la cámara de compensación determina el cumplimiento de la obligación asumida, ya que asume el papel de contraparte.
3. En el Derecho Civil la determinabilidad es un elemento que da autonomía legal al bien; en el Derecho Bursátil es un elemento imprescindible, puesto que señala al mínimo detalles sobre las características del producto, debiendo cumplirse con estándares de calidad para que el producto sea transado.

Cápítulo XXVI
CONTRATO DE LEASING

1. Antecedentes. 2. Vocablo *leasing*. 3. Definición. 4. Clases de bienes. 5. Caso de *leasing*. 6. *Leasing* operacional y *leasing* operativo. 6.1. *Leasing* operativo. 6.2. *Leasing* financiero. 7. Terminología. 8. Relaciones entre las partes intervinientes. 9. Derechos y obligaciones de las partes. 9.1. Derecho de las partes. 9.2. Obligaciones de las partes. 10. Clasificación de las empresas de *leasing*. 11. Naturaleza jurídica: a) Compraventa, b) Compraventa a plazos, c) Locación-venta, d) Compraventa a plazos con reserva de dominio, e) Arrendamiento, f) Préstamo, g) *Renting*, h) Mandato, i) Depósito, j) Opción de compra, k) Fiduciario, l) Contrato atípico, m) Contrato complejo, n) Contrato mixto. 12. Características del contrato de *leasing*. 13. Elementos propios del contrato de *leasing*: a) Opción de compra, b) El valor residual. 14. Etapas del arrendamiento financiero: a) Selección del bien, b) Propuesta contractual, c) Principales cláusulas contractuales, d) Perfeccionamiento del contrato, e) Vigencia del contrato, f) Ejecución, g) Plazo del contrato, h) Conclusión del contrato. 15. Clases de *leasing*. 16. Variantes del contrato de *leasing*. 16.1. *Sale and lease-back*. 16.2. *Leasing adosé*. 16.3. *Self leasing*. 16.4. *Leasing plus*. 16.5. *Leasing* sindicado. 16.6. *Leasing* inmobiliario. 17. El *leasing* y la legislación concursal. 18. Aspectos tributarios. 19. Tratamiento contable. 20. El *leasing* y la legislación bancaria. 21. Emisión de bonos de arrendamiento financiero. 22. *Leasing* internacional. 23. Disposiciones sobre el *leasing* en la legislación peruana. 23.1. Normas que regulan el arrendamiento financiero. 23.2. Requisitos. 23.3. Terminación del contrato. 24. Ventajas y desventajas del contrato de *leasing*. 24.1. Ventajas. 24.2. Desventajas. 25. Legislación comparada.

1. ANTECEDENTES

Si bien al contrato de *leasing* se le considera como uno de los contratos modernos, sus antecedentes se remontan a las antiguas culturas del Oriente Medio,

de los pueblos sumerios, hace 5000 años,[1] situados entre los ríos Tigres y Eufrates, donde los propietarios de las tierras cedían el uso de las mismas puesto que ellos no podían cultivarla bajo su propia administración.

Así, el Código de Hammurabi (1800 a.c) contiene artículos que regulan el arrendamiento de tierras y de barcos.

Como antecedente, en los tiempos modernos se puede citar las operaciones desarrolladas en el siglo XIX por las empresas explotadoras de los ferrocarriles norteamericanos, a través del sistema de alquiler-venta de locomotoras.

Si bien algunos autores consideran antecedentes del *leasing* en la antigüedad, su desarrollo, como manifestación contractual práctica, es una expresión del siglo XX.

El desarrollo industrial y tecnológico no ha hecho más que acrecentar la necesidad de separación entre propiedad y uso con un fin económico según la agudización de tres factores de la actividad económica:[2]

1. El alto precio de los bienes, en especial de equipos.

2. La carencia de recursos para su adquisición.

3. La conveniencia de renovar los equipos de acuerdo al cambio tecnológico.

Puede afirmarse que el rápido desarrollo del *leasing* ha estado estrechamente ligado a la acción conjunta de los factores antes mencionados.

En este sentido se hace referencia a la situación jurídica por la cual la Bell Telephone System no vendía los aparatos telefónicos, sino que los arrendaba para su uso por los años de 1920. Este contrato celebrado por la compañía telefónica en realidad no se trataba de un contrato de *leasing* sino la aplicación del contrato de *renting*.

Según Mario Giovanoli, en su trabajo *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique,* desde el año 1936, por lo menos, los círculos de negocios norteamericanos empezaron a montar operaciones de financiación de inmuebles realizadas sobre la estructura de los contratos de *leasing*. Sostiene este autor que la sola aparición de sociedades de locación independientes de los fabricantes no es suficiente para explicar la verdadera mutación contractual que se tuvo que operar para pasar de una locación de tipo clásico al *leasing* financiero, y encuentra que, fuera de algunos antecedentes sobre material ferroviario, o la «Philadelphia Plan», los orígenes del *leasing* financiero deben ser investigados en el ámbito inmobiliario.[3]

---

[1] Claes-Alof LIVJIN, El leasing, en *Informe anual de la Salfinans AB,* Suecia, 1969.

[2] José María MARTÍN OVIEDO, *El leasing ante el Derecho Español*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, p. 16.

[3] Citado por Lydia E. CALEGARI DE GROSSO, *El Contrato de Leasing. Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 12.

Generalmente se considera como el punto de iniciación de la actividad financiera del *leasing* en los Estados Unidos, a comienzos de la década de los 50, con la creación por parte de Boothe (Jr.) de la United States Leasing Corporation.

Muy pronto se comenzaron a utilizar eslóganes, como *lidership not ownership*, con el que se trataba de generar la idea de que para un empresario que utiliza vehículos, máquinas y locales industriales, poco importa si son de su propiedad, con tal de que los tenga a su disposición; o *pay as you earn* que significa simplemente que las obligaciones resultantes del *leadership*, de la misma manera que las remuneraciones de los trabajadores deben ser satisfechas prevalentemente con ingresos corrientes. Este eslogan nace de la idea de que la inversión debe financiarse así misma.[4]

En Europa en los años de 1960, señala Cogomo,[5] el contrato de *leasing* se instala en Gran Bretaña mediante el nacimiento de la Mercantile Leasing Co. Ltd. Esta compañía fue la resultante de la unión de la ya mencionada empresa americana United States Leasing Corporation y la financiera inglesa Mercantile Credit Co. Ltd.

El impulso de estas actividades en dicho país se basó en el papel de los «merchant banks» (bancos mercantiles), las financieras de ventas a plazos y las filiales de los bancos norteamericanos, que aparecen a partir de 1967, en razón de la política restrictiva de créditos del gobierno laborista, lo que facilitó la expansión del *leasing* como instrumento de financiación industrial.

En el año 1962, en Francia, con la unión de bancos privados franceses y compañías aseguradoras, se creó la Locafrance, y al año siguiente (1963) se establecieron compañías dedicadas con exclusividad al *leasing* en Alemania, Bélgica, España e Italia.

El contrato de leasing es propio del derecho anglosajón, siendo un contrato atípico en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y por lo tanto de fácil adaptación a las circunstancias propias de cada jurisdicción.

2. VOCABLO LEASING

El vocablo *leasing* se comienza a emplear dentro de las actividades mercantiles en los Estados Unidos, en el año de 1952, para denominar las operaciones de arrendamiento de bienes que reúnen determinadas condiciones.

La palabra *leasing*, es de origen sajón, proviene del verbo «to lease», que significa en inglés arrendar; aplicado al campo económico se le utiliza para distinguir un tipo de arrendamiento que reúne características especiales.

---

[4] *Id.*, p. 13.

[5] Citado por Lidia M.R. GARRIDO CORDOVERA, *El leasing*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 2.

En el caso que el contrato se refiera propiamente a un alquiler la denominación en dicho idioma es «renting», que procede del verbo «rent» (arrendar).

En un principio ambos verbos tuvieron el mismo significado (arrendamiento o alquiler en sentido general), tratándose de sinónimos, los mismos que se emplean indistintamente, excepto en el caso que se trate de términos económicos.

Esta falta de precisión del término, el no ser claro para definir este tipo de contrato y distinguirlo de los de arrendamiento normales, ha traído como consecuencia la imprecisión de su traducción cuando fue adoptado por los demás países europeos.

La denominación de «locación financiera» es la corriente en Italia, donde también se acude a otras expresiones como: «préstamo locativo», «financiación de locación», «locación de bienes instrumentales».[6]

En Francia se habla de *crédit-bail,* de *location financement.*[7]

En lo que se refiere a la traducción al castellano del vocablo «leasing», existen diversas acepciones tales como: préstamo-arriendo, préstamo-alquiler, crédito-arrendamiento, locación-venta, sin embargo la que se utiliza mayormente es la de arrendamiento-financiero.

Todas esas expresiones dan por supuesto que el núcleo central es la locación de cosas. Según ello, el tomador es un locatario o, por lo menos, ocupa una posición que sería la de un locatario.

Desde un sentido económico, se da por sentado que con la palabra «locación» se ha querido aludir al intercambio de un goce por dinero, en este sentido el arrendatario tiene como derecho real la posesión del bien. En este caso el uso no sólo es de hecho, sino también de derecho.[8]

3. DEFINICIÓN

En cuanto a la definición de *leasing*, debido a las diversas posibilidades que encierra, se tropieza con dificultades para definirlo con precisión.

Las diversas definiciones han sido agrupadas por algunos considerando si la misma incide sobre conceptos económicos o jurídicos.

---

[6] Vincenzo BUONOCORE, «La locación financiera en el ordenamiento italiano», en *El leasing*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 16.

[7] Juan M. FARINA, *Contratos comerciales modernos,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 500, nota 47.

[8] Decreto Legislativo Nº 299, artículo 5 (primer párrafo). «El contrato de arrendamiento financiero otorga a la arrendataria el derecho al uso de los bienes en lugar, forma y demás condiciones estipulados en el mismo».

Entre la primera se encuentran las que señalan: a) que se trata de un modo de financiar inversiones que permiten a las empresas industriales y comerciales equiparse sin tener que movilizar fondos (B. Mera); b) que se trata de financiamiento a mediano y largo plazo, efectuado por instituciones especializadas que tiene como fundamento jurídico un contrato de arrendamiento (Rettaroli); y c) que es la operación económica efectuada por sociedades especializadas que, a petición de sus clientes, compran bienes de equipo y los ponen a disposición de firmas peticionarias en forma de arrendamiento, ligado a condiciones especiales (Warnat).

En cuanto a las definiciones que inciden en el aspecto jurídico podemos mencionar a Brugnago,[9] que define al *leasing* como un «contrato mediante el cual el propietario de bienes de cualquier especie (maquinaria, enseres, instalaciones, vehículos especiales, inmuebles), concede como «arrendador» la tenencia y uso de esos bienes a un usuario llamado «arrendatario», durante un período prefijado de tiempo y contra la retribución de un canon establecido».

Para Ferrarini: «Con el contrato de locación financiera *(leasing* financiero) una parte concede a otra el goce de un bien (mueble o inmueble) contra un correspectivo en cuotas y por un tiempo determinado, atribuyendo a ella la facultad de adquirir la propiedad del bien al vencimiento del contrato mediante el pago de un precio preestablecido».[10]

Algunas legislaciones definen el contrato de *leasing*, pudiendo mencionarse entre otras la de: Argentina[11] España[12], Panamá[13], Perú,[14] Uruguay[15].

---

[9] Dario BRUGNAGO, «Il leasing: definizione e sviluppo», en *Seminario sobre el leasing*. Madrid, 1969.

[10] Citado por Fernado J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Compraventa-Leasing-Permuta-Suministro*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 218. «La locazione financiera» en *Trattato di Diritto Privado*. Tomo 11.

[11] Ley Nº 25.248, artículo 1.- «Concepto. En el contrato de leasing el dador conviene en transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.»

[12] La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito 26/1988 define el contrato en base a la cesión de uso del bien para los fines empresariales o profesionales y la necesaria opción de compra. El bien financiado es adquirido según las especificaciones del futuro usuario, pero si éste no lo adquiere podrá cederse a otro. La duración mínima será de dos años en bienes muebles y de diez años en inmuebles y establecimientos industriales, salvo disposición distinta del Gobierno. Las cuotas deberán diferenciar la parte correspondiente a la recuperación del bien por las Entidades arrendadoras, excluido el valor de la acción de compra, y la carga financiera exigida por aquella. El importe de la primera parte permanecerá igual o tendrá carácter creciente.

[13] Ley Nº 7 de 1 de julio de 1990. Artículo 1.- «La presente ley tiene por finalidad regular el arrendamiento financiero de bienes muebles. Esta ley rige y define la operación de arrendamiento financiero en la cual una parte (El Arrendador) celebra, según la indicación de la otra

4. CLASES DE BIENES

Los bienes materia de arrendamiento financiero están constituidos por: los «bienes de capital» o «bienes de equipo» (maquinarias, equipos, etc.), que tienen por finalidad participar en el desarrollo o mejora de la empresa. En estos bienes lo que interesa principalmente es su uso más que la propiedad.

En este sentido se puede señalar que los bienes a otorgarse en *leasing* deberán de reunir las siguientes condiciones:

1. Que se trata de bienes susceptibles de apreciación económica.
2. Que se trata de bienes enajenables, por su condición de estar dentro del comercio.
3. Que sean determinados.
4. Que revistan existencia real o posible.

Reflexión aparte merece el tema de determinar si cualquier cosa puede ser objeto de *leasing*. Hay la tendencia a limitarlo a los bienes instrumentales (dando por supuesto que usuario es un empresario) y dentro de ellos, por lo menos para el *leasing* mobiliario, a los de obsolescencia rápida, afirmándose, incluso, que deben ser de la clase de los «que no están normalmente disponibles en el mercado en locación, sino únicamente en venta».[16] Se ha afirmado, también, que debe tratarse de bienes nuevos, no siendo el *leasing* apto para bienes usados.[17]

---

parte (El Arrendatario), un contrato en virtud del cual El Arrendador adquiere un bien mueble (El Equipo) dentro de los términos aprobados y especificados por el Arrendatario, en la medida que estos conciernan a sus intereses, y celebra un Contrato de Arrendamiento con El Arrendatario, confiriendo a éste el derecho de utilizar el equipo mediante el pago de alquileres por un término o plazo definido».

El artículo 3 considera entre los elementos y requisitos esenciales del contrato que el arrendatario tenga la opción de adquirir los referidos bienes por su valor residual o por el precio pactado en el contrato.

[14] Decreto Legislativo Nº 299. Art.1.- «Considérase Arrendamiento Financiero, el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso de la arrendataria, mediante el pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado».

[15] Ley 16.072. Art. 1- «El crédito de uso es el contrato de crédito por el cual una institución financiera se obliga frente al usuario a permitirle la utilización de un bien por un plazo determinado y el usuario se obliga a pagar por esa utilización un precio en dinero abonable periódicamente.

Podrá pactarse, en favor del usuario, una opción irrevocable de compra del bien, al vencimiento del plazo y mediante el pago de un precio final.»

[16] Vincenzo BUONOCORE, *op. cit.*, n. 6, 38, 81 y 212.

[17] Delfino BARREIRA, Citado por Ernesto Eduardo MARTORELL, *Tratado de Derecho Civil*, p. 394.

Uno de los aspectos que se plantea es que si los bienes intangibles pueden ser materia de arrendamiento financiero, tales como derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares, teniendo presente que en muchas legislaciones se considera que son «bienes muebles», entre otros, los derechos.

En el caso del Perú, la Circular NB-1763-87 de la Superintendencia de Banca y Seguro, de fecha 22 de abril de 1987, que establece ciertas normas que regulan el arrendamiento financiero, señala que estos contratos no pueden versar sobre los derechos que recaigan en los bienes salvo el caso de inmuebles sujetos al régimen de la propiedad horizontal y similares. Prohíbe igualmente celebrar contratos que versen sobre títulos o valores de cualquier especie o denominación, contribuciones tecnológicas intangibles, marcas patentes y programas de computación (*software*) y similares.

En la legislación comparada, algunas aceptan a los bienes muebles[18] e inmuebles,[19] otras solo los primero y otras no indican nada al respecto.[20]

---

[18] Panamá.- Ley Nº 7 de 10 de julio de 1990, art. 1. Ver nota 225.

Uruguay. Ley 16.072.- El art. 5 indica los bienes que pueden ser materia de leasing, siendo estos los bienes muebles no fungibles y todos los inmuebles, afectados a la actividad industrial, agraria o comercial. Cuando el objeto sea un inmueble, el contrato se regirá por las disposiciones de la presente ley siempre que exista opción de compra a favor del usuario (artículo 1, inciso segundo) y que el precio final estipulado a tal efecto no exceda a la fecha del contrato del 25% (veinticinco por ciento) del valor real, fijado por la Dirección General del Catastro Nacional y Administración de Inmuebles del Estado.

[19] En Francia la Ley 66-455, del 2 de julio de 1966, considera que los bienes inmobiliarios deben de ser de uso profesional. Artículo 1-. «Las operaciones de leasing consideradas en la presente ley son las operaciones de arrendamiento de bienes de equipo, de material de utillaje o de bienes inmobiliarios de uso profesional, especialmente comprados con vista a este alquiler por empresas que permanecen propietarias de tales bienes, cuando dichas operaciones, cualquiera que sea su denominación, dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados por un precio convenido teniendo en cuenta, al menos en parte, las entregas efectuadas a título de alquileres».

[20] En España el Real Decreto Ley Nº 15/77, la ley no indica la clase de bienes que pueden ser materia de arrendamiento financiero, el art. 20 se refiere a que estos han de quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, se faculta al Gobierno, que atendiendo a la coyuntura económica, pueda extender el ámbito de aplicación de esta ley a bienes diferentes de los indicados en el artículo 19 o a bienes afectos a fines distintos de los enunciados en el párrafo anterior.

El Real Decreto 1969 del 31 de julio de 1980, amplía las operaciones de leasing a los inmuebles. La Ley 26/1988, del 29 de julio de 1988 trata de la disciplina e intervención de las entidades de crédito. Esta ley regula los plazos y principales condiciones del contrato de arrendamiento financiero.

5. CASOS DE LEASING

Los casos de *leasing* intentando una reducción conceptual a un común denominador, se pueden agrupar de la siguiente forma:[21]

a) Cada calidad es asumida por una persona distinta. Estamos ante el *leasing* financiero indiscutido. *Primus* es el tomador, *secundus* la entidad financiera, y *tertius* el proveedor.

b) Dos calidades son asumidas por una sola persona, presentándose las siguientes situaciones:

I) En el *leasing* operativo, provee y financia una misma persona. Todo se desarrolla entre *primus* y *tertius*.

II) En el *lease-back* la calidad de proveedor es asumida por el tomador. Todo se desarrolla entre *primus* y *secundus*.

III) Queda un caso dudoso: cuando la calidad de proveedor es asumida por la entidad financiera, de tal modo que todo se desarrolle también entre *primus* y *secundus*.

6. LEASING OPERACIONAL Y LEASING FINANCIERO

Se distingue entre el *leasing* operacional u operativo y el *leasing* financiero. En el primero la misma empresa coloca sus equipos tal como el alquiler de teléfonos que se ha mencionado o de máquinas copiadoras. En este tipo de *leasing* se asimila al contrato de arrendamiento. El bien se devuelve, no hay opción de compra. En el segundo una empresa especializada es la encargada de comprar los equipos que requiere el usuario a efectos de alquilárselo.

La diferencia conceptual entre el *leasing* operativo y el financiero es que en el primero sólo aparecen en escena dos protagonistas, el tomador de *leasing* y el proveedor, en tanto que en el *leasing* financiero comparece un tercero: la entidad financiera. Pero desde el punto de vista económico la línea demarcatoria no es tan pronunciada, pues, por un lado, como un mismo sujeto, puede desempeñar dos papeles; no resulta violento, señala López[22] al decir que el proveedor de las maquinarias inviste, simultáneamente, la calidad de entidad financiera, y por el otro, eso de que en el *leasing* financiero siempre hay tres protagonistas, es un punto discutible, pues no faltan quienes enseñan que la entidad financiera, concluido un *leasing*, conviene un segundo *leasing* sobre el mismo objeto, sigue operando en el marco del leasing financiero.

---

[21] Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 208.

[22] Id., p. 207.

6.1. Leasing *operativo*

Al *leasing* operativo se le define como el contrato en virtud del cual una persona (arrendador) que generalmente es el fabricante o distribuir del material, cede a otro (arrendatario) el uso prefijado y limitado de un determinado tipo de bien, contra el pago de un canon de arrendamiento que comprende tanto la financiación de la puesta a disposición del equipo como de los gastos de entrenamiento y reparación, y durante un período de tiempo corto (1 a 3 años), revocable por el arrendatario en cualquier momento, previo aviso al arrendador, quien soporta todos los riesgos técnicos de la operación.

Entre las características del *leasing* operativo se encuentran:

a) El arrendador es el fabricante o distribuidor y no una entidad financiera especializada.

b) El canon de arrendamiento comprende todos los gastos que pueda tener el bien.

c) El contrato generalmente es de corta duración (1 a 3 años).

d) El bien se devuelve, no hay opción de compra.

e) La elección del bien la efectúa el arrendatario, entre los que tenga el arrendador.

f) El contrato tiene una función esencialmente operativa: el uso del bien, o sea, ofrecer servicios.

6.2. Leasing *financiero*

Al *leasing* financiero se le define como la acción de una empresa especializada que da en arrendamiento un bien de capital requerido previamente por un usuario y que ha sido adquirido en mérito de dicha solicitud, obligándose el arrendatario a abonar una cantidad de dinero periódicamente por un lapso determinado e irrevocable, asumiendo los riesgos y gastos de mantenimiento del contrato, teniendo el derecho al término del contrato de optar por la compra del bien en uso.

Entre las características del *leasing* financiero se encuentran:

a) El arrendador es una entidad financiera especializada en *leasing* y no un fabricante o distribuidor.

b) Existe una relación implícita de mandato entre el cliente y la empresa de *leasing*.

c) Las cuota que debe de pagar el cliente por el alquiler comprende la inversión realizada, los gastos, recargos e interés de la operación, en razón que la empresa de *leasing* requiere obtener fondos, vía préstamos, emisiones de bonos, etc., para adquirir los bienes que alquilará al cliente.

d) Todos los gastos de reparación, mantenimiento y asistencia técnica del bien financiado son por cuenta del cliente.

e) Opción de adquirir el bien al término del contrato a su valor residual.[23]

f) El bien lo elige el usuario de cualquier fabricante o distribuidor.

g) El contrato ofrece una técnica de financiación.

h) El contrato es una alternativa al contrato de préstamo.

Un aspecto importante en el contrato de *leasing* es que el propio usuario es quien determina el equipo que debe adquirirse y el proveedor de quien debe adquirirse.

7. TERMINOLOGÍA

En lo que respecta a los términos que se emplean, se utilizan diversos términos para definir a la misma persona que interviene en la relación contractual.

Así, la persona que entrega el bien en *leasing* (*the lessor en inglés*), reservándose la titularidad del mismo, es llamado «dador», «arrendador», «locador».

El que tiene el uso y goce del bien y la obligación de pagar el canon, *(the lesee,* en inglés) se le denomina «tomador», «arrendatario», «locatario» «conductor», «usuario», «utilizador».

Para algunos autores el nombre de «locador», tomado en sentido jurídico, es prejuzgante, no sirve para aquellas doctrinas que no ven en la otra parte a un locatario sino al titular de un derecho real.

El pago de las cuotas suele ser llamado «alquiler», «compensación» y también «canon». Es preferible el término «canon», el mismo que está referido al precio que se paga en el *leasing* y no el de alquiler, pues su monto se calcula en razón de la amortización del bien y su valor, además, puede –en los supuestos de maquinarias– incluir algún tipo de servicios accesorios y no es, simplemente, el pago de una suma a título de uso y goce.

En cuanto al término valor residual, se utiliza para referirse al precio que, en el caso de hacer uso de la opción de compra, el tomador deberá abonar. Debe establecerse *a priori* en el mismo contrato, así como la manera en que se calculará, de una manera clara y precisa, pudiendo ser sumamente útil un compromiso arbitral al respecto.

[23] Uruguay. Ley 16.072.- «Artículo 1. (Último párrafo).- Asimismo podrá convenirse que finalizado el plazo del contrato o el de la opción de prórroga, en su caso y si el usuario no tuviere la opción de compra, el bien será vendido por la institución acreditante en remate público y al mejor postor, correspondiendo al usuario el excedente que se obtuviera por sobre el precio final estipulado, y obligándose el usuario a abonar a la institución acreditante la diferencia si el precio obtenido en el remate fuere menor».

8. RELACIONES ENTRE LAS PARTES INTERVINIENTES

Respecto a las partes intervinientes, en el contrato de *leasing* se plantea si la relación es bilateral o trilateral. En el primer caso se considera la participación de la empresa especializada (empresa de *leasing*), y el usuario (empresa usuaria), y en el segundo caso, además de las mencionadas, a la persona de quien se adquiere el bien (empresa proveedora).

En lo que concierne a las relaciones que se desarrollan entre las partes en el *leasing* financiero, para algunos tiene un carácter bilateral y para otros trilateral, dependiendo de la figura jurídica dentro de la cual se le conceptúe.

Entre quienes le dan una configuración trilateral, mencionan el ejemplo del industrial que, necesitando renovar sus maquinarias, se dirige a una empresa de *leasing* para que dicha empresa adquiera las maquinarias y se las otorgue para su uso. Para este efecto se le considera como una operación de mediación: entre el proveedor (*v.g.* fabricante) del bien y el tomador del *leasing*, intermedia el concedente, que es quien adquiere el bien para entregarlo luego en *leasing*.

Se sostiene que hay la participación de tres personas, y dos contratos, resultando el todo una relación trilateral. Parten de la base que el concedente del *leasing* adquiere el bien a un tercero, existiendo dos negocios: uno de compra del concedente al proveedor, y otro de *leasing* entre el concedente y el tomador.

En el ejemplo se menciona de una compra por la empresa de *leasing*, lo que sugiere un trato entre ésta y el proveedor. En ese trato la empresa actúa a indicación del tomador.

Se discute si esa indicación del tomador equivale a un mandato,[24] de tal manera que la empresa de *leasing* actúe como mandatario de este, señalándose, simultáneamente, que en la práctica las empresas de *leasing* toman el recaudo de que el tomador entre en contacto directo con el proveedor.

Quienes vean en el concedente un mandatario del tomador deberán –por lo menos–, eludir la figura del mandato representativo, debido a que comprador y propietario sería el tomador y no se explicaría la concesión del uso a sí mismo, ni se daría al concedente la protección que se persigue reservándole la propiedad. Y quienes, siguiendo la sugerencia que formulamos, señala López de Zavalía,[25] quieran ver en el tomador un mandatario del concedente a los fines de la compra, deberán tener presentes todas las posibles variables, comenzando por la más modesta de que sólo lo sea para obtener una oferta de venta, que suele traducirse en una factura pro-forma, sin que quepa descartar una estipulación a favor de tercero en la que estipulante fuera el tomador, promitente el proveedor, y tercero la entidad de *leasing*.

---

[24] Vincenzo BUONOCORE, *op. cit.*, p. 43. y ss.

[25] Fernado J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 220.

Para otros el *leasing* se reduce a una relación bilateral, la misma que priva de una distinción entre el *leasing* operativo y el *leasing* financiero.

En apoyo de esta posición se sostiene que, en el marco de la operación de *leasing*, la compra del bien al proveedor por parte de la sociedad arrendadora constituye una operación complementaria.

Se entiende por operación complementaria a la compra del bien al proveedor por parte de la sociedad de *leasing*, lo que da lugar al nacimiento de la relación jurídica entre el proveedor y la sociedad de *leasing* dentro de un contrato de compraventa, y a su vez a la relación entre el sociedad de *leasing* y el usuario dentro de lo que constituye el contrato de *leasing*.

Por tanto, el acto de la compra del bien, operación que debe ser contemplada fuera del alcance de la operación de *leasing* como tal, queda jurídicamente delimitado a partir de la conclusión del contrato, la cual lleva consigo el nacimiento de la coexistencia de relaciones jurídicas entre el proveedor y la sociedad de *leasing* en el marco de un contrato de compraventa y entre la sociedad de *leasing* y arrendatario en el marco de un contrato de *leasing*.

Puede darse el caso que, al término del *leasing*, el tomador no opte por la compra del bien, retornado este a la empresa de *leasing*, planteándose si el nuevo contrato que se celebre constituirá o no un *leasing* financiero.

9. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

9.1. Derecho de las partes

a) Derecho de la empresa locadora.

i) Facultad de fijar las condiciones mínimas del seguro que cubra el bien arrendado.

ii) Pedir la inscripción del contrato en la ficha de la arrendataria.

iii) Exigir la devolución del bien cuando la arrendataria caiga en causal de resolución.

iv) Derecho de inspección.

v) Derecho de recibir los pagos.

vi) Derecho de fijar las condiciones del seguro. Cualquier modificación en el contenido del seguro deberá contar con la conformidad de la sociedad de *leasing*.

b) Derecho de la arrendataria.

i) Señalar los bienes materia del contrato y el proveedor de los mismos.

ii) Exigir la entrega del bien y hacer uso del mismo en las condiciones convenidas.

iii) Ejercer contra el proveedor las acciones pertinentes derivadas de los vicios y daños de los bienes. Si bien existe la obligación por parte del fabricante o proveedor del bien al saneamiento por evicción, vicio oculto, la arrendadora no responde por ellos, es el arrendatario quien deberá ejercitar las acciones del caso contra el proveedor o fabricante.

iv) Derecho a la opción de compra dentro de las condiciones establecidas en el contrato. La opción por lo general se ejercita al término del contrato, aunque las partes pueden pactar su ejercicio en momento diferente.[26]

v) Considerársele como propietario para efectos de sus relaciones contractuales con el Estado y otras entidades.[27]

9.2. Obligaciones de las partes.

a) Obligaciones de la empresa locadora.

i) Comprar el bien mueble o inmueble de acuerdo con las especificaciones del proveedor señalado en el contrato con la arrendataria.

En este sentido los bienes ingresan en el patrimonio de la empresa locadora que mantiene la propiedad de los mismos, hasta la fecha en que la arrendataria ejercite la opción de compra.

ii) Entrega del bien en tiempo oportuno.

iii) Mantener la propiedad del bien durante la vigencia del contrato.[28]

iv) Mantener a la arrendataria en el uso de los bienes.

(v) Respetar la opción de compra a favor de la arrendataria en lo que se refiere al valor pactado, como al plazo concedido para ejercerlo.

b) Obligaciones de la arrendataria.

---

[26] Decreto Legislativo Nº 299. Art. 7., segundo párrafo.- «La opción de compra de la arrendataria tendrá obligatoriamente validez por toda la duración del contrato y podrá ser ejercida en cualquier momento hasta el vencimiento del plazo contractual. Este plazo no está sometido a las limitaciones del derecho común».

[27] Decreto Legislativo 299. Artículo 13.- «La arrendataria, respecto de los bienes que posea en arrendamiento financiero con empresas dedicadas a esta actividad establecidas en el país, gozará para los efectos de sus relaciones contractuales con el Estado, empresas de derecho público, empresas estatales de derecho privado y las empresas sometidas a regímenes especiales, de los derechos y ventajas como si tuviera la condición de propietaria de dichos bienes, excepto los referentes a la disposición o enajenación definitiva y/o constitución de gravámenes sobre los mismos».

[28] Este aspecto se encuentra declarado en el art. 4 del D. Leg. Nº 299: «La locadora mantendrá la propiedad de dichos bienes hasta la fecha en que surta efecto la opción de compra ejercida por la arrendataria por el valor pactado».

i) Usar y disfrutar el bien según los términos del contrato. En este sentido se pacta que la arrendataria efectúe en el bien todas las reparaciones necesarias para conservarlo en estado de servir para el uso al que ha sido destinado. El D.S.559-84-EFC en su artículo 38, permite el subarriendo de los bienes materia del contrato de arrendamiento financiero, previo y expreso consentimiento de la arrendadora, salvo disposición contraria de ambas partes contratantes.

ii) Pagar las cuotas periódicamente establecidas en el contrato de arrendamiento financiero.

iii) Asegurar los bienes materia de arrendamiento financiero, mediante pólizas contra riesgo susceptibles de afectarlos o destruirlos.[29] En el caso que la arrendataria no cumpla con esta obligación, la locadora puede contratar los seguros necesarios, desplazando al arrendatario la obligación de pagar el importe de estos.

iv) Responder del daño que pueda causar el bien desde el momento que los recibe de la empresa locadora.

vi) Permitir inspecciones a efecto de determinar el uso y condición del bien.

vii) Permitir que se fijen las placas de identidad sobre el bien en un lugar visible del equipo y en forma permanente, cuyo objetivo es anunciar a terceros la titularidad sobre el bien.

viii) Devolver el bien al término del plazo señalado, en caso de no ejercitarse la opción de compra.

10. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS DE LEASING

Dosse[30] ha clasificado a las compañías de *leasing* en cinco tipos característicos:

a) Compañías de *leasing financiero:* las *financial leasing companies* son aquellas que adquieren el material por pedido expreso del tomador y organizan la entrega directa del fabricante.

---

[29] Decreto Legislativo Nº 299. Artículo 6.- «Los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos».

Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro.

La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la locadora».

Decreto Supremo Nº 559-84, artículo 23.- «Para el efecto a que se refiere el segundo párrafo del art. 6 de la Ley de Arrendamiento Financiero, corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros».

[30] Citado por Lidia M.R. GARRIDO CORDOVERA, *op. cit.*, p. 69.

b) Compañías de *leasing especializadas:* las *specialized leasing companies* aseguran servicios anexos como el mantenimiento y reparación, seguros, reemplazo del bien, etcétera. Tienen una infraestructura montada y especializada en ese rubro o tipo de maquinaria.

c) Compañías de *leasing controladas:* las *captive leasing companies* son en realidad subsidiarias de los fabricantes de equipos que intentan, de este modo, un sistema de comercialización de su producción.

d) Corredores de *leasing:* los *leasing brokers* son en realidad unos verdaderos intermediarios entre la oferta y la demanda, portando su experiencia y conocimiento del mercado y sus relaciones.

e) Bancos: los que intervienen siempre y cuando el régimen legal de su país los habilite.

En el caso del Perú la empresa que se dedica a las actividades de *leasing*, señala el art. 2 del Decreto Legislativo Nº 299, deberán ser bancarias, financieras, o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguro. Aspecto que ratifica la Ley Nº 26702 (Ley del Sistema Financiero y de Seguros) al disponer que las empresas del sistema financiero puedan realizar operaciones de arrendamiento financiero.[31]

11. NATURALEZA JURÍDICA

El *leasing* como figura proveniente del sistema angloamericano, señala Calegari de Grosso, resulta difícil de aprehender por las categorías tradicionales del derecho, lo que puede ser explicado si se piensa que la conceptualización, aun en las ciencias, no es totalmente independiente de las lenguas y de las culturales.[32] En busca de una transposición adecuada del sistema de *leasing* al sistema continental, se desarrollo una serie de teorías con la que se trata de explicar la naturaleza jurídica de este nuevo contrato.[33]

Se ha escrito mucho con respecto a sí el contrato de *leasing* es en realidad un contrato distinto o encierra, predominantemente, otra figura contractual a la cual debe asimilarse por no ser más que una variante de ella, con otras cláusulas.

La explicación de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* ha dado lugar a diversas teoría que tratan de enmarcarlo dentro de algunos de los contratos

---

[31] El artículo 221 (35) de la Ley Nº 26702 lo autoriza expresamente, lo que complementa el artículo 223 (4) al disponer que para tal efecto deberán de constituirse departamentos separados.

[32] Lydia E. CALEGARI DE GROSSO, *op. cit.*, p. 14.

[33] Lydia E. CALEGARI DE GROSSO, *op. cit.*, p. 16.

conocidos, para otros se trata de un contrato que contiene elementos de contratos diferentes, y finalmente lo que sostiene que es un contrato atípico.

a) Compraventa

Según este criterio, las partes están de acuerdo sobre el bien y el precio, siendo la voluntad de las mismas celebrar un contrato de compraventa; los alquileres, al sobrepasar el valor del bien, proporcionan un beneficio a la sociedad de *leasing*. Por otro lado, existe la cláusula de compra a favor del usuario.

Se objeta a esta teoría en razón que el contrato de arrendamiento financiero transfiere el uso del bien a diferencia de la compraventa que transfiere la propiedad, no existiendo en el primero de ellos la voluntad de comprar

Se señala que en el caso que el usuario efectúe un nuevo contrato de *leasing*, lo que haría sería posponer la compraventa. Por otra parte, si el usuario devuelve el bien, al hacerlo estaría resolviendo la venta con el efecto natural de que el vendedor retenga lo ya pagado como precio.

b) Compraventa a plazos

Se sostiene que el contrato de *leasing* es una compraventa a plazos, sin embargo, debe tenerse presente que la adquisición del bien al término del contrato es una opción que puede ejercerla o no quien ha utilizado el bien durante el contrato.

Las principales diferencias se sintetizan en los siguientes aspectos:

1) En la venta a plazos existe una *transferencia en potencia* del derecho de propiedad del bien, mientras que en el *leasing* este derecho está circunscrito sólo a que se ejercite la acción de compra.

En la venta a plazos, al término del contrato, se produce el traspaso definitivo de la propiedad; en el *leasing* existe una serie de alternativas.

2) El pago inicial suele ser significativo en la venta a plazos contrariamente al *leasing*, en el cual no lo es, e incluso, en ocasiones no es exigido.

c) Locación-venta

La locación-venta siempre se convierte en una operación de compraventa con el pago del último alquiler, mientras que en el leasing lo será sólo en el caso de que el arrendatario, al final del período irrevocable de arrendamiento, opte por la compra del bien.

En el contrato de *leasing* «puro» la opción de compra posee un carácter complementario y anexo por razones legales y no modifica, por tanto, las bases del mismo. Este hecho queda verificado al ser posible optar por la prórroga del contrato en lugar de hacer uso de la citada opción. Por el contrario, en la locación-

venta comprende una operación de compra-venta final y cierta que ha sido acordada bilateralmente.[34]

El *leasing* se distingue, así, de la llamada locación-venta que se ha pretendido estructurar como un contrato sujeto a la condición de que sea abonado el último canon, condición que funcionaría como resolutoria de la locación y suspensiva de la venta, con el automatismo propio de las condiciones. Por más que se haya querido explicar al *leasing* como una locación-venta, en un negocio así descrito no hay ni *leasing*, ni locación, sino directamente venta en cuotas.[35]

d) Compraventa a plazo con reserva de dominio

La compraventa con reserva de dominio es la figura contractual en la cual el vendedor retiene el dominio de la cosa vendida mientras no se le pague totalmente el precio de la misma. De no darse esta circunstancia en el plazo estipulado se resuelve el contrato, debiendo el adquiriente devolver la cosa al vendedor.

Esta figura tiene cierta similitud con el *leasing*, en razón que en ambos casos la propiedad de la cosa permanece en poder del dador y del vendedor (denominados así respectivamente en el *leasing* y en la compraventa). Además, el pago convenido, que es siempre una suma de dinero, se realiza mediante cuotas y dentro de un plazo establecido.

Las diferencias entre ambos contratos se presenta con el pago de la última cuota en la compraventa a plazo, con reserva de dominio, en la que se transfiere, automáticamente, el derecho de propiedad, aunque deba complementarse con otros actos; en el *leasing* el derecho de opción de compra se materializa con el pago del valor residual, lo que le permitirá convertirse en titular del dominio.

Asimismo la titularidad de la venta a plazo con reserva de dominio responde a una garantía por el saldo del precio, situación que no existe en el *leasing*.

e) Arrendamiento

De acuerdo a esta teoría, el contrato de arrendamiento financiero es un contrato de arrendamiento por el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien; no existe en el contrato de arrendamiento financiero la posibilidad que el arrendatario se convierta en propietario del bien, la misma que se da en el contrato de arrendamiento financiero al término del contrato (cláusula de opción de compra).

---

[34] Serge ROLIN, *El leasing*, Editorial Pirámide, Madrid, 1971, p. 75.

[35] Véase Ernesto Eduardo MARTORELL, *op. cit.*, T. I, p. 384, a propósito del caso *Singer* vs. *Chagra*.

f) Préstamo

Para esta teoría el arrendamiento financiero es un contrato de préstamo, ya que en forma similar a esta clase de contratos hay una tasa de interés que pagar, en este caso se cobra un alquiler, lo que sería el interés para los contratos de préstamo.

Sin embargo, en los contratos de préstamo de dinero se entrega una cantidad de dinero o de bienes consumible con la finalidad que se devuelvan otros de la misma especie y calidad.

En lo que respecta al arrendamiento financiero, no es posible la entrega de dinero, ya que no se trata de un bien identificable; en el mutuo hay la obligación de devolver otros bienes de la misma especie o calidad, pero no los mismos.

En el caso del arrendamiento financiero, si no se ejercita la acción de compra al término del plazo, se deberá devolver el mismo bien.

g) Renting

Esta operación guarda similitud con la de *leasing* siendo con frecuencia materia de confusión. El *renting*, como en el *leasing*, se trata de la adquisición del derecho de uso de un bien por medio del alquiler. El arrendatario, como contrapartida del derecho de disfrute, paga un canon de utilización durante un período de tiempo variable acordado por contrato, correspondiendo al arrendador la conservación y mantenimiento del bien alquilado. En ocasiones este último pone a disposición del arrendatario los medios humanos para la explotación, repercutiendo en el alquiler los costes derivados de este servicio.

En el *renting* el arrendador da en alquiler el uso de una cosa que le pertenece por haberla adquirido con anterioridad con el objeto de destinarla a su arrendamiento indiscriminado a los clientes que se interesen en ello.

Al *renting* se le ha definido como «el uso de bienes por plazo variable, según contrato previo, mediante pago de una tasa de utilización, siendo de cuenta del propietario la conservación del objeto alquilado, pudiendo proporcionar en ciertos casos los medios humanos necesarios para la explotación, cuyos gastos están normalmente incluidos en la tasa de alquiler».[36][37]

En forma similar al *leasing* operativo, es obligación del propietario de atender a la conservación de la cosa.

---

[36] *Revista Dyna* Nº 10, octubre 1965, p. 535, citado por Carlos VIDAL BLANCO, *Leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Tesis doctoral, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales - Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1977, p. 147.

[37] Carlos VIDAL BLANCO, op. cit., p. 147.

Entre las principales diferencias entre el *leasing* y el *renting*, Segurado[38] señala las siguientes:

1) El grado de especialización, en términos de bienes, de la empresa de *renting* es más alto que el de la sociedad de *leasing*, dado que esta última adquiere el material según las necesidades y especificaciones del usuario-arrendatario

2) La duración del contrato de *leasing* es de mediano o largo plazo, mientras que en el contrato de *renting* (es variable) y de corto plazo.

3) En el *renting* los bienes alquilados normalmente son usados y por lo tanto han tenido anteriores usuarios, la necesidad de utilización de los mismos es temporal u ocasional En el *leasing*, los bienes son totalmente nuevos por regla general y la necesidad de uso posee un carácter permanente.

4) La empresa o sociedad de *renting* conserva la responsabilidad por la conservación, mantenimiento, formalización de los seguros y buen funcionamiento del material a alquilar. La sociedad de *leasing* interviene solo por indicación del arrendatario y no ejerce ninguna función ni asume responsabilidades de esta índole en relación a los bienes arrendados.

5) El contrato de *renting* puede ser resuelto unilateralmente antes de la finalización del plazo inicialmente convenido, mientras que una de las condiciones básicas del contrato de *leasing* es su irrevocabilidad, es decir, no es posible resolverlo en forma unilateral en ningún caso, excepto en algunas situaciones que serán tratadas mas adelante.

6) En el *renting*, el grado de utilización del bien suele determinar la cuota de alquiler, mientras que en el *leasing* este hecho no tiene relevancia alguna.

7) Al finalizar el contrato, la sociedad o empresa de *renting* recupera el bien alquilado siempre y cuando no exista prórroga del contrato.

El contrato de *leasing* puede presentar tres opciones en el momento de su expiración:

1) Opción de compra del bien por un valor residual preestablecido.

2) Opción de acuerdo de un nuevo contrato de arrendamiento.

3) Devolución del material a su propietario.

Además, se puede añadir que en el *renting* no existe la operación financiera como la que se presenta en el *leasing* al adquirir la empresa de *leasing* el bien a solicitud del cliente para efectos de su arrendamiento y su posterior posibilidad de

---

[38] Juan Luis SEGURADO LORENTE, «Aspectos reales del leasing en el Convenio de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el leasing internacional», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 1992.

adquisición por parte del arrendatario. Asimismo, tampoco se pacta la compra del bien por el usuario al término del contrato.

Un ejemplo de *renting* es el de los automóviles, el que es por períodos cortos, obligándose el propietario a prestar el servicio y mantenimiento del bien.

h) Mandato

Algunos tratadistas sostienen que el contrato de *leasing* es un contrato de mandato, basándose en el contrato de compraventa que celebra la empresa locadora con el proveedor; se dice que la arrendataria asume la calidad de mandante por la razón que la empresa locadora efectúa la compra del bien de acuerdo con las instrucciones que imparte la arrendataria.

El contrato de mandato tiene fines diferentes al contrato de *leasing*, además que los elementos que la integran son distintos. Podría sostenerse que hay una primera relación en la que el arrendatario determina el bien que necesita y la empresa de *leasing* lo adquiere, sin embargo, las relaciones entre las partes no se agotan con este acto.

i) Depósito

Para otro sector de la doctrina, prescindiendo de la naturaleza financiera del contrato de *leasing*, trata de explicarlo en base a las normas que regulan el contrato de depósito, consideran que la empresa de *leasing* entrega los bienes a la usuaria como depositaria.

Sin embargo, el contrato de depósito existe sólo cuando el deber de custodia de la cosa entregada constituye el exclusivo o principal contenido del contrato, y no cuando, por el contrario, el deber de custodia simplemente es la derivación de otro deber jurídico.

Entre las características del contrato de depósito se encuentra que, en principio, es gratuito, aunque puede pactarse un pago por parte del depositante al depositario. Por otra parte la finalidad misma del contrato excluye la posibilidad que la depositaria pueda hacer uso del bien y hacer suyo los frutos y rentas.

El contrato de *leasing* y el contrato de depósito son instituciones que tienen distinta finalidad. El fin principal del depósito es el deber de custodia, conservar y restituir el bien mientras, en el *leasing*, junto a la finalidad financiera, existen las particularidades como la transferencia de la propiedad y la atribución de un derecho unilateral de opción de compra después de concluido el plazo contractual.

j) Opción de compra

El contrato de opción de compra es un contrato preparatorio que, en el caso del contrato de arrendamiento financiero, es parte integrante de este.

En la legislación peruana, en el artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 299, al referirse a la opción de compra, se determina que esta tendrá validez por toda la duración del contrato y podrá ser ejercida en cualquier momento hasta el vencimiento del plazo contractual, asimismo que el ejercicio de la opción no podrá surtir sus efectos antes de la fecha contractualmente pactada.

La referencia al período de validez de la opción de compra significa que esta no esta sometida a las limitaciones del derecho común, y en consecuencia no le es aplicable el plazo el artículo 1423 del Código Civil para los contratos preparatorios.[39]

k) Fiduciario

La teoría del contrato *leasing* como contrato fiduciario se vincula a la del préstamo o mutuo. Algunos autores sostienen que el *leasing* es un préstamo que recibe la usuaria de la financiera, conservando ésta la propiedad fiduciaria de los bienes como garantía del crédito que otorga. Según se explica, la financiera efectúa el préstamo a la usuaria pero en virtud de un mandato que ésta le ha conferido, entrega el dinero al suministrador designado por la usuaria para adquirir los bienes elegidos por ella. La propiedad de esos bienes es adquirida por la usuaria y transferida de inmediato a la empresa de *leasing* en garantía del crédito. En consecuencia, es la propietaria fiduciaria de los bienes durante todo el plazo del contrato la detentadora del uso del bien durante ese lapso.

l) Contrato atípico

Otro aspecto sobre el cual existe divergencia es si se trata de un contrato típico o atípico, para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se trata de un contrato atípico. Es interesante mencionar el análisis que hace el profesor Leyva, quien manifiesta que se trata de un contrato *sui generis*, que existe *per se* y que tiene configuración propia, radicando su dificultad al provenir del sistema jurídico anglosajón.[40]

Considerando la dificultad de poder incluir el contrato de *leasing* dentro de las figuras contractuales conocidas en el ordenamiento jurídico, ni aún mediante la combinación de estas, algunos autores sostienen que el contrato de *leasing* es un contrato atípico que tiene causa única, objeto y rasgos característicos propios.

Existen ciertos criterios elaborados por la doctrina para la interpretación e integración de los contratos atípicos, los cuales se pueden resumir en dos: el del absorción o prevalencia; en él se asimila el contrato atípico al contrato típico que

---

[39] Art.1423 del Código Civil: «Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite».

[40] José LEYVA SAAVEDRA, *Tratado de Derecho Privado*, Vol.I, *Leasing*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 117.

más se le aproxime o asemejen y el de la combinación, que trata de combinar los posibles elementos típicos de los contratos atípicos.

La tesis de la atipicidad tiene una importante aceptación en la doctrina y jurisprudencia en los países que no tiene legislación sustantiva de *leasing*.

El contrato atípico, se puede decir, que es el contrato que, no obstante tener una identificación propia (*nomen juris*) no tiene un reconocimiento legislativo en alguna ley especial o código.

Como bien se expresa en estos casos, hay un retardo entre realidad vivida y una relación jurídica, sin embargo en algunos casos, por tratarse de figuras que se encuentran en formación y que se nutren de una realidad económica, no es conveniente regularlos en una ley o código sino hasta que sus lineamientos se configuren claramente.

m) Contrato complejo

Por otra parte, el contrato de *leasing* es un contrato complejo, conformado por una pluralidad de transferencias patrimoniales, pero a su vez es un contrato unitario, ya que su fisiología o funcionamiento responde a una unidad causal.

n) Contrato mixto

Para algunos autores el contrato de *leasing* es un contrato mixto, donde intervienen características que corresponden a diversos contratos, entre ellos la compraventa, el arrendamiento, la opción de compra, mandato, etc. En este contrato confluyen características que pertenecen a diversos tipos de contratos, creando una unidad orgánica.

En cuanto a la diferencia con el contrato complejo, se sostiene que en éste las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos aisladamente, se consideran que pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio.

El contrato complejo tiene un ámbito mayor que el contrato mixto, toda vez que puede resultar, bien sea de una síntesis, de esquemas negociables, o de elementos no característicos de negocios, en cuanto no idóneos *per se* para identificar un negocio y para darle fisonomía propia.

12. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE LEASING

Entre las principales características se puede mencionar las siguientes:

a) Típico. En el caso que el contrato sea materia de una legislación especial. En el Perú se encuentra regulado por el Decreto Legislativo Nº 299.

b) Oneroso. Al representar un sacrificio patrimonial que experimenta la empresa por la adquisición del bien que se ve compensado por el canon que recibe.

c) Conmutativo. La empresa de *leasing* y la usuaria realizan la valoración del sacrificio y la ventaja que depara su celebración.

d) Prestaciones recíprocas. Estas prestaciones se dan en cuanto la empresa de *leasing* es acreedora de los cánones y deudora de los bienes los que tiene que ponerlos a disposición del usuario, por otra parte el usuario es acreedor de los bienes y deudor de los cánones.

e) Contrato mercantil. Un sector de la doctrina considera el contrato de *leasing* como un contrato mercantil. En el Perú se le considera como tal a tenor de lo mencionado en el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 299.[41]

f) Mérito Ejecutivo. Según la legislación peruana el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de *leasing*, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su resolución, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo (D. Leg. Nº 299, artículo 10).[42]

13. ELEMENTOS PROPIOS DEL CONTRATO DE LEASING

Los elementos que se pueden considerar propios del contrato de *leasing*, y esenciales para que el mismo se configure como tal, son: a) la opción de compra; y b) el valor residual.

a) Opción de compra.

En lo que se refiere a la opción de compra, la empresa usuaria obtiene el derecho potestativo de aceptar o no la propuesta del bien formulado por la empresa de *leasing*.

En cuanto al contenido de la facultad, hablan unos de una promesa de venta, y otros de una opción de compra. Para la opción de compra, conceptúan unos que es suficiente con la manifestación resultante del pago del precio residual, en tanto que otros exigen una declaración expresa de voluntad.

---

[41] Decreto Legislativo Nº 299. Artículo 1. «Considerase Arrendamiento Financiero, el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora.»

[42] La Resolución de la Sala de Procesos Ejecutivos de fecha 25 de noviembre de 1998 (Exp. Nº 24572-98) ha considerado que:»El contrato de arrendamiento financiero faculta a la arrendadora a demandar por los trámites del proceso ejecutivo el cumplimiento de todas las obligaciones de la arrendataria pactadas en el contrato y la realización de las garantías otorgadas, incluyendo aquellas derivadas de su rescisión como es el pago de cantidades acordadas como penalidades por el resarcimiento de los daños y perjuicios originados por esta parte.» Citado por Marianela LEDESMA NARVÁEZ, *Jurisprudencia actual*, T. 3, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 634.

b) El valor residual

Este valor se determina considerando el costo de adquisición menos la depreciación, producto del uso, el transcurso del tiempo y las innovaciones tecnológicas, aunque en algunos casos se establece otorgándole un valor simbólico.

El valor residual, señala Borda,[43] no es fácil de establecer, porque depende del momento en que se hace la opción (mientras más períodos se paguen será menor el valor residual) y del deterioro u obsolescencia de la cosa en el momento del pago. Varios métodos son posibles: que se deje su determinación al arbitrio de un tercero, que se lo fije con relación a una cosa cierta o conforme con el valor de plaza en el momento del pago.

14. ETAPAS DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO

La celebración del contrato de arrendamiento financiero conlleva diferentes actos preparatorios, que se inician con la selección del bien, continua con la negociación de las cláusulas contractuales, la suscripción del contrato y su posterior ejecución.

a) Selección del bien

Corresponde al futuro arrendatario seleccionar el bien o equipos que requiere para sus negocios u operaciones, para tal efecto considera sus características, precios, rendimientos, etc. Esta etapa concluye con la obtención, por parte del futuro arrendatario, de una promesa unilateral de venta por parte del proveedor, la que lo remitirá a la sociedad financiera a través del futuro cliente que ha tomado la iniciativa del negocio para que sea estudiada y evaluada por dicha sociedad, quien, para tal efecto, considera diversos factores tales como: el mercado, solvencia económica del solicitante, la capacidad e idoneidad de sus funcionarios operativos, la posible rentabilidad, concluyendo con su aceptación o rechazo dentro de cierto plazo, el que vencido determina que la oferta quede sin efecto.

La oferta de venta que formule el proveedor contiene una propuesta de celebrar un contrato sobre bases concretas, siendo una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos.[44]

Como consecuencia, si el proveedor se retracta de la promesa hecha, el destinatario podrá solicitar indemnización por daños y perjuicios, constituyendo una responsabilidad pre-contractual.

---

[43] Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, T. I., Editorial Perrot, Sétima edición actualizada, Buenos Aires, 1997, p. 606.

[44] El Código Civil del Perú en su artículo 1382 señala: «La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso».

Para la legislación peruana la elección del bien, así como del proveedor, es un derecho que le pertenece al futuro arrendatario, según lo señala el artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 299.[45] Este derecho de la arrendataria es de carácter irrenunciable, el que es reconocido por la doctrina y legislación comparada, lo que explica y fundamenta, de acuerdo a Leyva,[46] la presencia de las denominadas cláusulas de exoneración de responsabilidad de la empresa de *leasing* dentro del contenido del contrato, cuyo texto ordinariamente reza: «La empresa de leasing queda exonerada de responsabilidad en lo atinente a los caracteres técnicos, a la demora en la entrega y a los vicios del bien».

b) Propuesta contractual

Habiendo evaluado en forma positiva la empresa de *leasing* la solicitud presentada por el interesado de ser esta positiva, se procede a la negociación del contrato de arrendamiento financiero entre la empresa que financia y el tomador o locatario quien recibirá el bien.

Por otra parte, en cuanto al bien materia del arrendamiento financiero, en el caso de tratarse de una empresa de esta naturaleza se celebrará otro contrato cuyos sujetos son, el proveedor, de una parte, y la entidad financiadora de la otra, en razón que la empresa de arrendamiento financiero deberá adquirirlo del proveedor, pudiendo el usuario intervenir en este contrato, ya que es quien lo eligió.

En la formación del consentimiento, o sea para concretar la concertación entre la sociedad de *leasing* y el usuario, según Rodrigo Escobar Gil,[47] se tiene dos etapas:

1) El interesado dirige una propuesta a la sociedad de *leasing* con el fin de contratar una operación de arrendamiento financiero, solicitud que no vincula jurídicamente al usuario. Estos actos preparatorios en donde no se encuentra definida la intención de obligarse son también importantes porque contiene una estimación económica.

   En cuanto a la solicitud que presenta el usuario a la sociedad de *leasing*, esta va a determinar la solvencia del usuario y la rentabilidad de la inversión.

2) La sociedad de *leasing*, después de evaluar la propuesta del cliente, va a manifestar su intención de contratar mediante la formulación de una oferta;

---

[45] Decreto Legislativo Nº 299. Art.5.- «Es de derecho irrenunciable de la arrendataria señalar las especificaciones de los bienes materia del contrato y el proveedor de los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad que dichos bienes sean los más adecuados al uso que quiera darles, lo que deberá constar en el contrato».

[46] José LEYVA SAAVEDRA, *op.cit.*, p. 211.

[47] Rodrigo ESCOBAR GIL, *El contrato de Leasing Financiero*, Editorial Temis, Bogotá, 1981, p. 51.

esta tendrá que reunir los elementos esenciales del contrato y será comunicada en un plazo determinado al destinatario.

c) Principales cláusulas contractuales

Al contrato de *leasing* se le aplican las normas generales de contratación las que estas contenidas, en el caso del Perú, en Código Civil de 1984, en las que prima la voluntad de las partes, con las limitaciones que no transgredan la ley, las buenas costumbres o el orden público.[48]

Sin embargo es conveniente tener presente que el contrato se formaliza por escrito según modelos generalmente impresos,[49] los que contienen las condiciones de carácter general del acuerdo, siendo por regla general un contrato de adhesión, aunque sujeto a variaciones dependiendo del bien materia del *leasing*, según condiciones especiales que surjan de una operación determinada, lo que tiene relación con las situaciones de complejidad derivadas de la clase del bien materia del arrendamiento, como podría ser situaciones de mayor riesgo, negligencia en el uso y conservación del bien, falta de seguro, etc.

Entre las principales cláusulas contractuales se pueden mencionar:

1. Posibilidad de sustitución del bien

En algunos contratos de *leasing* es posible, incluir una cláusula que permita al usuario-arrendatario resolver el convenio bajo ciertas condiciones antes de la finalización del período y poder así sustituir el material arrendado por otro nuevo.

La ventaja de esta cláusula, es permitir la renovación ágil de aquellos bienes de equipos que tienden a una obsolescencia «repentina».

2. Opción final de compra

Una de las condiciones peculiares del contrato de *leasing*, *strictu sensu*, y que, en consecuencia, le otorgan mayor especificidad, es el hecho de que «arrendatario debe quedar en libertad de adquirir o no el bien al final del período irrevocable de alquiler. Naturalmente, el arrendatario es libre de aceptar el compromiso del arrendador de dejarle, al final del contrato, la elección entre la devolución o la compra del bien».[50] Esta opción es un aspecto esencial que contiene el contrato del *leasing*.

---

[48] Artículo 1354 del Código Civil: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal.»

[49] Eduardo GORDILLO ARRIAZA, «Aspectos importantes del «leasing» o arrendamiento financiero», en *Vox Juris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Edición Especial, XXXV Aniversario, p. 23.

[50] Jacques COILLOT, *El leasing*, Editorial Mapfre, 1974, p. 150.

3. Restitución del bien

4. Prórroga del arrendamiento o compra del bien

Valor final de compra. Este valor debe figurar expresamente en el apartado de condiciones de fin del plazo de arrendamiento. Además debe aclararse que dicho precio, denominado «valor residual», es el acordado en caso de optarse por la adquisición del bien, así también como el plazo para ejercitar la opción en cuestión.

Para su cálculo se imputa al precio total la porción del canon que corresponda teniendo en cuenta la amortización del capital, los intereses y gastos.

6. Garantías

La principal garantía para la sociedad arrendadora es, en un sentido general, la misma propiedad del bien arrendado, hecho que jurídicamente se materializa en el contrato de *leasing*.

El contrato, según las características de la operación, puede ser ampliado o completado con la exigencia de una serie de garantías, tales como:

a) Depósitos a la firma del contrato, usualmente de un valor igual al de varias mensualidades, o bien a un porcentaje de la cuantía del bien.

b) Avales o garantías personales en el caso de sociedades familiares o de reciente creación, o bien el aval de la sociedad matriz en el caso de relación contractual con una subsidiaria.

7. Seguros

Los costes de los seguros son de responsabilidad del arrendatario. La compañía de *leasing* exige la formalización de un seguro, del cual es beneficiaria a todo riesgo del material en arriendo. Esta cobertura le permite, en caso de siniestro, garantizarse la recuperación del valor real del bien asegurado.

En adición a las pólizas normales sobre riesgos asegurables tales como roturas, incendio, robo, explosión, etc., suelen suscribirse seguros por daños a terceros por uso de los bienes (responsabilidad civil) y por el riesgo de insolvencia del arrendatario,[51] aunque este último, por lo general, corre por cuenta de la sociedad de *leasing* que repercute en el alquiler la parte correspondiente de la prima en cuestión.

8. Resolución

El contrato de *leasing* no puede resolverse en forma unilateral por parte del usuario-arrendatario antes de la finalización del período inicial de arrendamiento

[51] Manuel GUTIÉRREZ VIGUERA, *El leasing como institución financiera*. A.P.D., 1997. p. 86.

acordado, aunque puede admitirse siempre que se pague la totalidad de las cuotas periódicas.[52]

9. Canon

Por un lado, se ha observado que el problema reside en determinar si el canon tiene la naturaleza de fracción de precio o de alquiler. Se ha creído dirimir el problema atendiendo al *quantum* del valor residual al finalizar el *leasing,* pues si en tal momento el valor residual es nulo o, de cualquier forma, una cantidad sin importancia respecto del monto total de cuanto ha sido ya pagado, no existe ninguna duda de que las cuotas correspondientes tenían la naturaleza de cuota precio; lo contrario, obviamente se comprueba en el caso en que el valor residual sea alto.

En cuanto a la modalidad de pago la mas utilizada es la de períodos vencidos que pueden ser mensuales, trimestrales o anuales, siendo implementados de forma regular o irregular. Las cuotas de arrendamiento pueden ser lineales o constantes, crecientes o decrecientes a diferentes tasas de variación e incluso estacionales adaptándose al movimiento de tesorería del arrendatario, etc. La consideración de los factores antes mencionados es totalmente variable, y depende de las circunstancias específicas de la operación de que se trate. En este sentido, el *leasing* posee una flexibilidad manifiesta que facilita la adaptación de la cuantía de la cuota de alquiler y de la modalidad de pago a las características de la empresa usuaria.

10. La identificación del bien

Para tal efecto, se considera la cláusula que obliga al arrendatario de colocar y mantener una placa que exprese la propiedad del bien por parte de la sociedad de *leasing.*

11. Uso adecuado del bien

La obligación consiste en utilizar el bien de acuerdo con los términos y condiciones que se establecen en el contrato, los cuales recogen una serie de garantías en relación al «buen uso» del bien.[53] Para ello existen cláusulas que explícitamente incluyen referencias sobre: el lugar de su emplazamiento, la

[52] La Ley 16072, de la República del Uruguay, considera el descuento racional compuesto sobre las cuotas no vencidas. Artículo 9.- Durante el plazo del contrato, no es lícito a la institución acreditante retirar la cosa del poder del usuario, ni a éste devolverla antes de concluirse el tiempo convenido, a no ser pagando la totalidad de las cuotas periódicas estipuladas, con el descuento racional compuesto sobre las cuotas no vencidas

[53] En Uruguay la Ley 16.072 considera que el usuario debe de usar la cosa como un buen padre de familia. Artículo 22.- Si el usuario no usare de la cosa como un buen padre de familia, responderá de los daños y perjuicios, y aun tendrá derecho la institución acreditante para demandar la rescisión del contrato en caso de un grave y culpable descuido.

cantidad de horas de utilización, el derecho de la sociedad de *leasing* de inspeccionar en cualquier momento el bien arrendado y eventualmente el local en donde esté instalado; la obligación, por norma general, del usuario de hacerse cargo de todos los gastos de conservación, mantenimiento, etc., del material.

Algunas legislaciones disponen en forma explícita las cláusulas que debe de contener el contrato de arrendamiento financiero, como es el caso de Brasil[54] y España.[55]

d) Perfeccionamiento del contrato

El contrato se perfecciona con su suscripción, el que en algunas legislaciones requiere que sea elevado a escritura pública, como es el caso de la legislación peruana,[56] el que es materia de inscripción el Registro Público. Sin el Registro el contrato produce efecto entre las partes, pero no frente a tercero para lo cual se requiere el Registro.

Artículo 23.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no tendrá lugar si el usuario ejerce la opción de compra pactada para la terminación del contrato y paga las cuotas pendientes y el precio final, con el descuento racional compuesto previsto en el inciso tercero del artículo 30 de la presente ley.

[54] Ley 6099.- El art. 5 señala las disposiciones que deberan contener los contratos de arrendamiento mercantil siendo: a) Plazo del contrato; b) Valor de cada contraprestación por períodos determinados, no superiores a un semestre; c) Opción de compra o renovación de contrato, con facultad del arrendatario; d) Precio para opción de compra o criterio para su fijación, cuando fuera estipulada esta cláusula.

[55] En España la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. si bien no establece formalmente un modelo contractual escrito para el *leasing*, la Orden de 12 de diciembre de 1989, promulgada en función de dicha ley, dispone en su número 7 que las entidades de crédito están obligadas a entregar a sus clientes un ejemplar del documento contractual que formalice la operación de arrendamiento financiero. Según dicha orden, el contrato debe recoger explícitamente los siguientes datos: Tipo de interés nominal utilizado para la liquidación de los intereses; Periodicidad de los devengos y sus fechas correspondientes; Comisiones y gastos repercutibles; Derechos que correspondan a la entidad de crédito en relación a la eventual alteración de los tipos de interés, de las comisiones o de los gastos repercutibles; Derechos de cliente en relación al posible reembolso anticipado de la operación, dándose por sentado que tal indicación no será aplicable cuando no existan esos derechos; Derechos restantes a ser incluidos en el contrato de acuerdo con la normativa específica del *leasing*, tales como, por ejemplo, explicitar de forma diferenciada las partes que corresponden a la recuperación del coste del bien y a la carga financiera. Se incluirá también en el contrato, con una finalidad informativa, la equivalencia entre la suma de cargas financieras, comisiones y gastos repercutibles, y un tipo efectivo anual postpagable, conocido comúnmente por las siglas TAE, con indicación de la formula utilizada para obtener tal equivalencia.

[56] Decreto Legislativo Nº 299, art. 8.- «El contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública, la cual podrá inscribirse a pedido de la locadora, en la ficha o partida donde se encuentre inscrita la arrendataria».

e) Vigencia del Contrato

Desde el momento que empieza la vigencia del contrato de arrendamiento financiero pueden darse varias posibilidades, tales como, a partir:

1) de la compra del bien por la empresa financiadora;

2) de la entrega del bien al usuario; o,

3) a partir de la suscripción del contrato.

El art. 3 de la ley peruana determina que las obligaciones y derechos de la locadora y de la arrendataria y por lo tanto la vigencia del contrato, se inician desde el momento en que la locadora efectúe el desembolso total o parcial para la adquisición de los bienes especificados por la arrendataria o a partir de la entrega total o parcial de dichos bienes a la arrendataria, lo que ocurra primero. Esta norma no reviste un carácter imperativo, pudiendo el contrato incluir una cláusula distinta.[57]

f) Ejecución

La sociedad del *leasing* adquiere del proveedor la propiedad del equipo con las características requeridas por el usuario, sin embargo corresponde al proveedor entrega el bien al usuario, en la fecha, lugar, y modo convenido, extendiendo el usuario al momento de recepcionar el bien un documento en donde expresa su conformidad con el equipo.

La entrega queda formalizada mediante un acta de recepción, firmada por el destinatario del material y que la compañía de *leasing* exige al proveedor con el fin de constatar que las especificaciones del material en arriendo coincidan con las convenidas en el pedido.

Una vez cumplida esta instancia, se puede decir que se inicia la ejecución del contrato de arrendamiento.

Los gastos de entrega, instalación, transporte, riesgos, etc., corren por cuenta del usuario-arrendatario.

Normalmente las sociedades de *leasing* se eximen, incluyendo la correspondiente cláusula, de la responsabilidad por incumplimiento de la fecha de entrega del material o cualquier otro inconveniente relacionado con ésta o la instalación del mismo.

El usuario, por tanto, no puede emprender ninguna acción legal contra la compañía de *leasing* en este sentido. De manera que, dada la especial y estrecha rela-

---

[57] El Reglamento de la mencionada norma, Decreto Supremo Nº 559-84-EFC, en este sentido precisa en su art.22 que: « La vigencia del contrato de arrendamiento financiero se inicia en la fecha que ha sido contractualmente convenida por las partes dentro de las posibilidades a que se refiere el art.2 del Decreto Legislativo Nº 299.

ción usuario-proveedor, se recoge una cláusula mediante la cual el primero puede ejercer su recurso contra el segundo, lo que constituye, jurídicamente, una subrogación convencional del usuario en el ejercicio de las acciones que le corresponden al comprador,[58] es decir, la sociedad de *leasing*.

Proveedor y usuario, «puestos así uno frente al otro, excluyen al arrendador que se ha excluido voluntariamente del circuito de toda responsabilidad en materia de entrega como garantía del material puesto a disposición».[59]

Por su parte, la sociedad de *leasing* le cancelara al proveedor el precio del bien contra la presentación del documento extendido por el usuario.

En cuanto al arrendatario, periódicamente estará obligado a cancelar las cuotas durante la vigencia del contrato, y utilizará el equipo conforme a lo estipulado en el contrato.

g) Plazo del contrato

El plazo del contrato de arrendamiento financiero es fijado por las partes, aunque en algunos casos la ley lo determina.[60] En el caso del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros, por Circular NB-1763-87, del 22 de abril de 1987, ha estableció que el plazo mínimo del contrato de arrendamiento financiero es de tres años para bienes muebles y de cinco años para bienes inmuebles.

En principio, usualmente su duración se aproxima a la vida útil del bien estimada al momento de la celebración del contrato. No obstante que el plazo es un elemento importante del contrato, si se fija, sin respetar las normas citadas, no perjudica su naturaleza jurídica contractual, a diferencia del elemento relativo a «opción de compra» que constituye una nota determinante del contrato.

En relación con el plazo, Lavalle y Pinto señalan: «La naturaleza del leasing hace que la duración del contrato se aproxime a la vida útil estimada para el bien en el momento de su celebración y que esto es así porque el objeto del contrato es la financiación del uso y goce de un equipo, y tal uso y goce no puede concebirse más allá del lapso de vida útil del bien. Cabe agregar que la «vida útil» de un equipo, en el momento de celebrarse el contrato de leasing, que es una hipótesis, puede no cumplirse en la práctica, resultando que después esa vida se extiende o se acorta por diversos motivos.»[61]

---

[58] José María MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, p.52.

[59] Jacques COILLOT, *op. cit.*, p. 170.

[60] Decreto Legislativo Nº 299, art.7.- «El plazo del contrato de arrendamiento financiero será fijado por las partes, las que podrán pactar penalidades por el incumplimiento del mismo».

[61] Jorge E. LAVALLE y Carlos A. PINTO, *El leasing*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, pp. 107 y 108.

Se puede decir que el plazo de duración del contrato esta vinculado a tres factores:

1. La presunta vida útil del bien.
2. La tasa de amortización fiscal.
3. El proceso de refinanciación de la sociedad de *leasing*.

h) Conclusión del contrato

Los contratos de *leasing* prevén extensa y claramente los supuestos de incumplimiento y los modos de proceder en caso de resolución por ocurrencia de algunos de los supuestos previstos.

El contrato puede concluir en forma normal o por incumplimiento.

La conclusión del contrato en forma normal se presenta en los siguientes casos:

1. Al cumplirse el plazo.
2. Por el ejercicio de la opción de compra. Pudiendo en el contrato establecerse la posibilidad de comprar el bien, antes de la conclusión del plazo del contrato.
3. Por la sustitución del bien. Se presenta cuando se sustituye el bien por otro más moderno antes de la terminación del plazo contractual.

En cuanto a la conclusión por incumplimiento, los casos más frecuentes son:

1. Falta de pago de las cuotas.[62] Cabe destacar que el incumplimiento de pago de las cuotas de alquiler, debido generalmente a un retraso en las mismas, suele recogerse de una forma más flexible con la salvedad de que no da lugar a la resolución dentro de ciertos límites, devengando los correspondientes intereses de demora que se especifican en el contrato.
2. No contratar y mantener los seguros establecidos en el contrato a favor de la empresa de *leasing*.
3. Incumplimiento de las garantías.
4. Situación de insolvencia, suspensión o cesación de la actividad, de la usuaria o la amenaza que esto ocurra.
5. Por afectación de la propiedad del bien, como en los casos de: confiscación, embargo, ejecución de garantías o cualquier otra circunstancia que afecte la propiedad.

---

[62] En el caso del Perú el D. Leg. Nº 299, en su art.9, párrafo segundo, faculta a la empresa de *leasing* a resolver el contrato por falta de pago de dos o más cuotas consecutivas o el atraso del pago en más de dos meses, en este sentido esta facultad operara aunque la misma no se haya mencionado en el contrato pactado, a menos que hubiese en el contrato una estipulación diferente.

6. Por incumplimiento de obligaciones de pago en contratos que la usuaria celebre con terceros (cláusula de vencimiento cruzado).
7. El incumplimiento de las restantes obligaciones, si tal incumplimiento no es subsanado dentro del plazo establecido por la empresa de *leasing*.

Existen, además, «hechos ajenos al propio contrato»[63] que pueden provocar la anulación del contrato, tales como el fallecimiento del empresario-usuario, la fusión, disolución o modificación de la empresa usuaria, suspensión de pagos o quiebra de la arrendataria.

La conclusión normal del contrato da lugar a las siguientes opciones por parte del arrendatario:

1. Devolver el equipo utilizado;
2. Renovar el contrato, suscribiendo otro en condiciones más favorables;
3. Ejercitar la opción de compra por el valor residual estipulado.

i) Efecto del contrato

El principal efecto del contrato de *leasing*, sea financiero u operativo, es su oponibilidad a terceros. En este sentido los acreedores de la arrendadora no podrán ejecutar los bienes materia de *leasing*, aunque sí podrán embargar el canon que percibe, en el caso del arrendatario, no siendo el bien de su propiedad no podrán hacerlo, únicamente procederá cuando se ejercite la opción de compra. Significa que mientras el contrato se encuentre vigente no se podrá ejecutar los bienes materia del *leasing*.[64]

15. CLASES DE LEASING

El *leasing* puede clasificarse por su finalidad, en operativo y financiero, los mismos que ya han sido tratados.

Por su procedimiento, el *leasing* puede ser directo e indirecto. El primero es aquel que se realiza mediante negociaciones entre el futuro arrendatario y la compañía de *leasing*; ésta conforme a las indicaciones de aquél, procederá a la compra del material para su posterior arrendamiento.[65]

En lo que respecta al *leasing* indirecto es aquel que propone el fabricante o distribuidor de determinados equipos a la sociedad de *leasing*.[66]

---

[63] José María MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, p. 218.

[64] Ver numeral 17.

[65] Carlos VIDAL BLANCO, *op. cit.*, p. 83.

[66] *Id.*, p. 84.

En lo que se refiere a su amortización el *leasing* puede clasificarse como: «full pay out leasing»; y, «non full pay out leasing».

El «full pay out leasing» concierne a que la empresa de *leasing*, con los pagos efectuados por la empresa usuaria, como contraprestación, cubre íntegramente la inversión efectuada en la adquisición del bien, o bienes, más los gastos operativos, intereses y un beneficio por el capital empleado en ella.

En cuanto al «non full pay out leasing», en esta modalidad la empresa de *leasing*, percibe un cantidad menor al costo del bien, quedando al término del contrato un valor residual por cubrir. El bien será recuperado por la empresa de *leasing*, pudiendo venderlo o celebrar un nuevo contrato de *leasing*.

Considerando el ámbito de su aplicación, el *leasing* puede ser nacional o internacional; en el primer caso las partes intervinientes en el contrato realizan sus actividades dentro del mismo país.

Se tratará de un *leasing* internacional cuando interviene una parte extranjera. Las combinaciones que pueden presentarse para este caso son las siguientes:

a) El «cross border leasing», en este caso intervienen partes que proceden de diversos países, como puede ser la empresa proveedora que proviene de un determinado país, la empresa de leasing que opera en un país diferente y la usuaria que utiliza el bien en un tercer país.

b) El «export leasing», la característica de esta clasificación es que la empresa proveedora, como la empresa de *leasing*, residen en un mismo país, y la empresa usuaria en otro diferente.

c) El «import leasing», se trata cuando la empresa de *leasing* y la usuaria residen en un mismo país, en tanto que la empresa proveedora en otro.

Por su plazo de duración el *leasing* puede ser a corto o largo plazo, para tal efecto se tendrá en cuenta la vida útil del bien y la naturaleza del mismo.

16. VARIANTES DEL CONTRATO DE LEASING

Entre algunas de las variantes que pueden derivarse del contrato de *leasing*, se encuentra la figura del *sale and lease-back*, el *leasing adossé*, el *self leasing*, el *leasing plus*, el *leasing* sindicado.

1. *Sale and lease-back*. El *sale and lease-back*, se le denomina abreviadamente *lease-back*, y también se le conoce como *leasing* de retro, retro *leasing* o *leasing* de retorno.

El *lease-back*, nos dice Pacheco Cañete,[67] es un contrato mercantil que consiste, al igual que el *leasing*, en la cesión del uso de un bien por una entidad de

[67] Matilde PACHECO CAÑETE, *El Contrato de Lease-back*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 18 y 19.

arrendamiento financiero a cambio de una renta periódica, con una opción de compra final a favor del usuario, pero con la peculiaridad de que el bien objeto de cesión fue adquirido previamente por el arrendador financiero del arrendatario, a diferencia del *leasing*, en el que la entidad de arrendamiento financiero adquiere bienes muebles o inmuebles de un tercer proveedor *ad causam* (es decir, según las especificaciones realizadas por el futuro usuario, que indica cuál ha de ser el objeto del contrato de compraventa y el vendedor a quien ha de adquirirse el bien). Por lo tanto, en el *lease-back* el vendedor del bien y el arrendatario financiero coinciden, lo que implica que no existe la fase previa a la celebración del contrato, que es necesaria en el *leasing*, de elección del bien por el futuro usuario de un tercer proveedor para su posterior adquisición por la entidad de *leasing*.

En este contrato una empresa vende un bien de su propiedad, de naturaleza mueble o inmueble, a una empresa de *leasing*, la que simultáneamente le concede en *leasing* el mismo bien, contra el pago de un canon periódico, durante un plazo determinado, y al final del cual le otorga una opción de compra por un valor residual establecido en el contrato.

Hay una venta del bien y su arrendamiento de regreso, lo que se busca más que una renovación de equipos es disponer de circulante, así, la empresa conviene con una entidad, generalmente financiera en enajenarle sus maquinarias, las que en forma inmediata le son concedidas en uso.

Como antecedente de esta clase de operaciones se menciona la realizada por la cadena de tiendas «Safeway Store», en 1936, la que, para superar las dificultades por la que atravesaba, vendió sus inmuebles y a su vez procedió a alquilarlos a quienes lo compraron. Esta operación le permitió a la empresa recuperar su liquidez con el producto de la venta que realizó.

Este contrato se difunde al concluir la Segunda Guerra Mundial, debido a la crisis económica, la necesidad de la reconversión industrial, y determinan dificultades para obtener recursos a través de los canales tradicionales de financiamiento por la poca disponibilidad del dinero. El *lease-back* ofrecía ciertas ventajas como obtener liquidez a partir del propio patrimonio sin perder la posesión de los bienes vendidos y evitando las dificultades de acceso a las vías de crédito tradicionales.

Dos cometidos pueden cumplirse con una operación de esta naturaleza: 1) De salvamento, por el cual una empresa cuyo porvenir comercial está asegurado gracias a sus posibles ventas pero que debido a la falta de liquidez se ve amenazada. Aquí el *lease-back* sería una fórmula para poder pagar a sus acreedores y continuar con su operación facilitando transformar sus inmovilizaciones en fondos disponibles. 2) Otro cometido sería facilitar la expansión económica de la empresa utilizando sus propios equipos para lograr la liquidez necesaria.

Se distingue en el *lease-back* dos contratos bilaterales en el que participan las mismas personas: a) el de compraventa del bien, y; b) el de *lease-back*. Estos contratos se encuentran vinculados, mediante el contrato de compraventa que permi-

te al arrendatario financiero obtener financiación mediante el producto de la venta del bien; por otra parte, el contrato de *lease-back* le va a permitir la posesión del bien y la posibilidad de adquirirlo al término del contrato. En este sentido se señala que la trascendencia jurídica que tiene esta conexión contractual conlleva que se vinculen las vicisitudes del desarrollo y ejecución de uno de los contratos a las del otro. Así, entendemos que la nulidad de uno de los contratos puede ocasionar la del otro, o ejercer un vicio o defecto de uno influencia en el otro.[68]

En cuanto a las finalidades que se persiguen con el contrato, se encuentran, para el usuario, la obtención de liquidez a través de la venta de bienes de su patrimonio, sin ser privado de la posesión del bien; el arrendador financiero tiene como finalidad la obtención de ganancia, que consiste, al igual que los préstamos, en los intereses y cargas financieras que percibe del arrendatario.

En cuanto si el *lease-back*, puede considerarse como *leasing* financiero, se debe señalar que el *lease-back* reviste un carácter bilateral, no habiendo discusión sobre este tema, mientras que al *leasing* financiero parte de la doctrina lo considera trilateral, debido que además de los sujetos que otorgan su consentimiento sobre el objeto y la causa del contrato que son el arrendador y el arrendatario, consideran también al proveedor en razón que existen cláusulas en el contrato de *leasing* que lo afectan, como las cláusulas relativas, a la subrogación del arrendatario en la posición del arrendador en orden a la exigencia de responsabilidades al proveedor y de la exoneración de responsabilidad de la entidad de *leasing* por defectos o vicios del bien objeto del contrato, por lo que se exige su firma para manifestar su conformidad.

Para algunos el *lease-back* se configura como una garantía, en cuyo caso la retención de la propiedad del bien por el arrendador financiero sería sólo en garantía del crédito concedido previamente al arrendatario, lo que lleva a cuestionar si la operación de *lease-back* conlleva una transmisión real de la propiedad o solo formal.

Una de las objeciones aducidas para considerar que el *lease-back* no transmite la propiedad es que no existe una verdadera compraventa entre la entidad de *leasing* y el propietario (futuro arrendatario financiero), argumentándose no ha habido desplazamiento de la posesión de la cosa; no existe, por tanto, tradición del bien, el bien permanece en todo momento en posesión del arrendatario financiero.

Al respecto, se arguye que no obstante lo anterior, existen supuestos en los cuales la transmisión del bien se produce sin verdadera entrega material de las cosas y sin un signo exterior reconocible. En tales casos la verdadera *traditio* queda sustituida por un acto cuya naturaleza jurídica es claramente diversa. Son una serie de supuestos en los cuales puede decirse que la tradición, entendida

[68] *Id.*, p. 20.

como efectiva entrega o traspaso posesorio, es ficticia (*traditio ficta*), y en los que es más riguroso hablar de un acuerdo traslativo.[69]

En concreto, comenta Pacheco Cañete,[70] en la compraventa existente en la operación de *lease-back* nos encontramos ante un supuesto de acuerdo traslativo llamado *constitutum possesorium*, admitido por la doctrina tanto para los bienes muebles como los inmuebles, en cuya virtud el enajenante, en vez de entregar materialmente la cosa al adquirente la retiene en nombre de éste y, por tanto, no posee en nombre propio sino que actúa como representante posesorio o poseedor *alieno nomine* del adquirente. En este supuesto no hay un auténtico traspaso posesorio, sino una transformación o modificación del título o del concepto en el que se posee.

Un sector de la doctrina considera al *lease-back* como un préstamo con retención de la propiedad en garantía, debido a que no se financia la disponibilidad de un bien como en el caso del *leasing*, en razón que este existe antes de la celebración del contrato de *lease-back*.

Si bien a través de este contrato los recursos provenientes de la venta se destinan a financiar las actividades del arrendatario financiero, no implica que sea un contrato de préstamo, ya que la financiación puede realizarse además mediante otras formas contractuales.

Por otra parte, entre ambos contratos existen diferencias tales como: que el contrato de préstamo puede ser en dinero u otras cosas fungibles cuya propiedad las adquiere el prestatario que se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad, mientras que el contrato de *lease-back* el bien no es fungible, además la propiedad se transmite al arrendador financiero, que la conserva hasta la finalización del contrato, momento en que el arrendatario, si lo desea, puede ejercitar la opción de compra abonando el valor residual del bien.[71]

Esta modalidad del *leasing* esta contemplada también en el D. Leg. Nº 299, por la cual se permite a la compañía de *leasing* comprar al empresario sus equipos, o parte de ellos, y de inmediato celebrar con el mismo un contrato de *leasing* y le cede el uso de ello.

2. *Leasing adossé*. En el *leasing adossé* una empresa fabricante de bienes *standard* vende a la empresa de *leasing* un lote o toda la producción y, posteriormente, los readquiere, a través del *leasing*, los cuales pide cederlos a través de otro *leasing* (*sub leasing*).

---

[69] Luis DIEZ PICASO, «La tradición y los derechos traslativos en el derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1966, p. 555.

[70] Matilde PACHECO CAÑETE, *op. cit.*, p. 60.

[71] *Id.*, p. 87.

3. *Self leasing*. La modalidad del *self leasing* se presenta cuando las empresas de *leasing*, usuaria y el fabricante o proveedora, pertenecen a un mismo grupo económico o empresarial, actuando la fabricante o vendedora como empresa financiera.

4. *Leasing plus*. Para el *leasing plus* la característica es la concesión de una línea de *leasing*, con el objeto de prestar apoyo financiero a los planes de inversión de las empresas usuarias. Estas líneas tienen por lo general un carácter de revolvente, en este sentido las cantidades que se abonan en concepto de amortización se incorporan a la línea, manteniéndose en principio el mismo límite máximo de utilización.

5. *Leasing sindicado*. El *leasing sindicado* se presenta cuando se trata de financiamiento de grandes proyectos donde se requiere movilizar importantes sumas de capitales para la adquisición de los equipos, lo que se realiza en común en forma proindiviso, siendo la participación de acuerdo al aporte realizado, entregándose el bien en *leasing* a una empresa que previamente ha elegido los bienes y el proveedor de los mismos. Además de sumar los recursos para la adquisición del bien se comparten los riesgos en el caso que suceda algún inconveniente o incumplimiento del contrato de *leasing* con el usuario.

6. *Leasing inmobiliario*. Comienza en el siglo XX, en la década de los años 30, presentando una gran utilidad para el desarrollo de la industria de la construcción y del país. Bajo ese sistema se construyeron la mayoría de los edificios de Nueva York, permitiendo la movilización de capitales. El *leasing* inmobiliario no es muy corriente y en la praxis jurídica generalmente se producen problemas que deben resolverse en dicho ámbito.

Para Barreira Delfino el *leasing* inmobiliario es: «Una modalidad que consiste en ceder a una sociedad de *leasing* un inmueble en enfiteusis, a efectos de permitirle construir en el terreno cedido un edificio destinado a industria o fábrica, el cual es cedido por la sociedad de *leasing* al propietario del terreno en alquiler y por un lapso idéntico al de duración de la enfiteusis.»[72]

En el derecho francés, conforme al art. 1 de la Ordenanza del 28 de septiembre de 1967, el *leasing* inmobiliario consiste en aquellas «operaciones a través de las cuales una empresa da en locación bienes inmobiliarios para uso profesional, comprados por ella o construidos por su cuenta, cuando estas operaciones, cualquiera fuera su calificación, permiten a los locatarios convertirse en propietarios, de todo o de parte de los bienes alquilados, a más tardar a la fecha de la expiración del arrendamiento, ya sea por la cesión en ejecución de una promesa unilateral de venta, ya sea por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad del

[72] La enfiteusis, es la cesión por determinado tiempo generalmente largo del dominio útil de un inmueble mediante el pago de un canon a quien hace la cesión, el cual conserva el dominio directo sobre el predio.

terreno sobre el cual han sido edificados el o los inmuebles alquilados, ya sea por la transferencia de pleno derecho de la propiedad de las construcciones edificadas sobre el terreno perteneciente a dicho locatario».[73]

La Ordenanza limita el uso del *credit-bail* (*leasing*) inmobiliario a operaciones destinadas a uso profesional. Dentro del concepto de uso profesional se comprende la actividad de las profesiones liberales, así como aquellas destinadas a fines comerciales e industriales; la exclusión implícita se refiere a la vivienda familiar. Se señala que ello obedece a una circunstancia de derecho interno francés, por regímenes especiales en ese país, y crédito para adquirir inmuebles con ese fin específico.

El análisis de la definición transcrita marca tres vertientes:

a) Transmisión del dominio en una promesa unilateral de venta contenida en un contrato de *bail* (*leasing*).

b) Adquisición del derecho de propiedad del terreno sobre el cual está instalado el edificio.

c) Transferencia de pleno derecho de la construcción realizada sobre el terreno de propiedad del locatario.

En cuanto al problema que se presenta por la falta de pago de las cuotas y las consecuencias que de este hecho se derivan la Ley Nº 25.248 de Argentina (Contrato de Leasing). Publicada en B.O. el 14 de junio del 2000, distingue las consecuencias según el número de cuotas que se hayan cancelado.[74]

---

[73] Gilbert PACE, *La convention de credit-bail inmobilier*, París, 1974.

[74] Ley 25.248. Art. 20.- Incumplimiento y ejecución en caso de inmuebles.

Cuando el objeto del *leasing*, son cosas inmuebles, el incumplimiento de la obligación del tomador de pagar el canon dará lugar a los siguientes efectos:

a) Si el tomador ha pagado menos de un cuarto (1/4) de la cantidad de períodos de alquiler convenidos, la mora será automática y el dador podrá demandar judicialmente el desalojo. Se dará vista por cinco (5) días al tomador, quien podrá probar documentalmente el pago de los períodos que se le reclaman o paralizar el trámite, por única vez, mediante el pago de adeudado, con más sus intereses. Caso contrario, el juez debe disponer el lanzamiento sin más trámite.

b) Si el tomador ha pagado un cuarto (1/4) o más, pero menos de las tres cuartas partes (3/4) del canon convenido, la mora es automática; el dador deberá intimarlo al pago del o los períodos adeudados con más intereses, y el tomador dispondrá por única vez, de un plazo de (60) días, contados a partir de la recepción de la notificación para el pago del o de los períodos adeudados con más sus intereses. Pasado ese plazo sin que el pago se verifique, el dador puede demandar el desalojo, de lo que se debe dar vista por cinco (5) días al tomador. Dentro de ese plazo, el tomador puede demostrar el pago de los períodos reclamados, o paralizar el procedimiento mediante el pago de lo adeudado con más sus intereses y costas, si antes no hubiese recurrido a este procedimiento. Si, según el contrato, el tomador puede hacer ejercicio de la opción de compra, en el mismo plazo puede pagar, además el precio de ejercicio de esa opción, con sus accesorios legales y contractuales. En caso contrario el juez dispondrá el lanzamiento sin más trámite.

17. EL LEASING Y LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

En cuanto a la situación que se presenta en el caso de la quiebra, hay que considerar si se trata de la empresa de *leasing* o del arrendatario.

Se plantean diversos interrogantes como: la subsistencia de los contratos, la posibilidad prevista de adquisición del bien por el arrendatario al término del contrato, las indemnizaciones por perjuicios en caso de incumplimiento, etc.

Estos son temas que en muchos casos no son tratados en las disposiciones que regulan el *leasing*.

En el caso del Perú, los bienes objetos de *leasing* resultan inembargables, lo que vendría a ser una forma de patrimonio autónomo, similar para estos efectos al fideicomiso, es así que el artículo 11° del Decreto Legislativo Nº 299 establece que los bienes dados en arrendamiento no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen, por mandato administrativo o judicial, en contra del arrendatario. En el caso de que el arrendatario fuera deudor, el acreedor de ese arrendatario de ninguna manera puede actuar en contra de esos bienes sujetos a arrendamiento, pues estos están principalmente afectos en favor del propietario de esos bienes y para el pago de la renta convenido.

Para que el juez deje sin efecto cualquier medida precautoria requiere la presentación del testimonio de la escritura pública de arrendamiento financiero.

En estos casos se trata de la acción dirigida contra la arrendataria, quien no es la propietaria del bien.

En el caso del arrendador, que es el propietario del bien, el embargo no podrá impedir el ejercicio de la opción de compra.[75]

---

c) Si el incumplimiento se produce después de haber pagado las tres cuartas (3/4) partes del canon, la mora es automática; el dador debe intimidarlo al pago y el tomador tendrá la opción de pagar dentro de los noventa (90) días, contados a partir de la recepción de la notificación lo adeudado reclamado más sus intereses si antes no hubiese recurrido a ese procedimiento o el precio del ejercicio de la opción de compra que resulte de la aplicación del contrato a la fecha de la mora, con sus intereses. Pasado ese plazo sin que el pago se hubiese verificado, el dador puede demandar el desalojo de lo que debe darse vista al tomador por cinco (5) días, quien sólo puede paralizarlo ejerciendo alguna de las opciones previstas en este inciso, agregándole las costas del proceso.

d) Producido el desalojo; el dador puede reclamar el pago de los períodos de canon adeudados hasta el momento del lanzamiento, con más sus intereses y costas por la vía ejecutiva. El dador puede también reclamar los daños y perjuicios que resultasen del deterioro anormal de la cosa imputable al tomador por dolo, culpa o negligencia por la vía procesal pertinente.

[75] Argentina. Ley 25.248. Art. 8, segundo párrafo.- «A los efectos de la oponibilidad frente a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto».

Uruguay. Ley Nº 16.072. Art. 30, último párrafo.- «Los embargos trabados a la institución acreditante posteriores a la inscripción al contrato de crédito de uso, no obstarán a la compra-

Algunas legislaciones, como la peruana, señalan expresamente la exclusión de la masa para fines del proceso de liquidación de los activos y pasivos vinculados a operaciones de arrendamiento financiero.

Estas disposiciones tienen por finalidad evitar que los acreedores puedan tomar actitudes que obstaculicen el cumplimiento del contrato. Nada impide, por otra parte, que los acreedores del dador embarguen las cuotas (canon) que el tomador tendrá que pagar, lo que no puede hacer es secuestrar ni ejecutar las cosas dadas en locación. En cuanto a los acreedores del tomador deberán reconocer la propiedad en el dador, mientras no se haya ejercido la opción de compra, sin embargo podrán subrogarse en los derechos de su deudor para ejercer la opción de compra.

Diversas legislaciones reconocen que mientras el contrato éste en vigencia, no pueden ejecutarse los bienes objeto de *leasing*, distinguiendo el caso de quiebra del arrendador y del arrendatario.[76]

18. ASPECTOS TRIBUTARIOS

Impuesto a la Renta

En lo que se refiere al tratamiento tributario, hay que considerar la aplicación del impuesto a la renta, el que grava el ingreso del arrendador proveniente del

---

venta ni a la transferencia de la propiedad a favor del usuario, debiéndose descartar dichos embargos».

[76] Argentina. Ley 25.248. Art. 11, segundo párrafo.- «En caso de concurso o quiebra del dador, el contrato continuará por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto.

En el caso de quiebra del tomador, dentro de los sesenta (60) días de decretada, el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo. En el concurso preventivo, el deudor puede optar por continuar el contrato o resolverlo, en los plazos y mediante los trámites previstos en el artículo 20 de la ley 24.522. Pasado este plazo sin que haya ejercido la opción, el contrato se considerará resuelto de pleno derecho...».

Panamá. Ley Nº 7, de 10 de julio de 1990.- Art. 39.- «La declaración de quiebra, concurso de acreedores, intervención, liquidación forzosa y otros procedimientos similares de que sea objeto el arrendatario, tendrán el efecto de extinguir el contrato de pleno derecho. En consecuencia, el bien objeto del mismo se excluirá de la masa de bienes y será entregado inmediatamente al arrendador, quien en todo caso, podrá recuperarlo en la forma prevista en esta ley. El arrendador conservará el derecho de reclamar daños y perjuicios o la pena pactada si la hubiere, con arreglo a lo preceptuado en los artículos anteriores. Estos derechos se reputaran como deudas de la masa».

Art. 42.- «La declaración de quiebra, concurso de acreedores, intervención, liquidación forzosa u otros procedimientos similares de que sea objeto el arrendador, no tendrá el efecto de extinguir el contrato de arrendamiento financiero y, en consecuencia, este permanecerá en pleno vigor».

arrendamiento financiero, así como el tratamiento tributario por el pago que realiza el arrendatario. Este aspecto es tratado en la legislación peruana con el artículo 19 del Decreto Legislativo Nº 299,[77] que establece que, para la determinación de la renta imponible, las cuotas periódicas de arrendamiento financiero constituyen renta para la locadora y gasto deducible para la arrendataria. En consecuencia, para efectos tributarios, las operaciones de arrendamiento financiero se tratan como arrendamientos operativos.

En lo que respecta al arrendador, los ingresos provenientes del arrendamiento financiero se gravan desde el momento en que se devenguen, en consecuencia, aun cuando el arrendador no perciba el pago de la cuota, tendrá que reconocer el ingreso, al margen de cuando se materialice la cobranza.

Dispone el artículo 17 del mencionado Decreto Legislativo que los ingresos derivados del arrendamiento financiero de bienes cuya adquisición no ha estado afecta al Impuesto General a las Ventas, no resultarán gravados con dicho tributo.

Tampoco están gravados con este impuesto los ingresos derivados de contratos de arrendamiento financiero de bienes utilizados por la arrendataria exclusivamente para la producción de bienes cuya venta no esté gravada con el Impuesto, o la prestación de servicios desgravados por dicho tributo. Finalmente, regula el caso de que el bien objeto de arrendamiento financiero sea utilizado en operaciones gravadas y no gravadas para la producción simultánea de bienes cuya venta está gravada y desgravada del Impuesto General a las Ventas, el crédito tributario se aplicará de acuerdo a las normas pertinentes.

Para efectos tributarios los bienes objeto de arrendamiento financiero se consideran activos para la arrendadora y se depreciarán durante el plazo del contrato, siendo el plazo mínimo de depreciación de tres años[78]; asimismo, se encontrarán sujetos a las normas pertinentes sobre reevaluación periódica de activos fijos.

Depreciación

Por otra parte, el arrendador tendrá derecho a deducir como gasto la depreciación ocasionada por el uso y desgaste de los bienes entregados en *leasing*.[79]

---

[77] D. Leg. 299. Art. 19.- «Para determinar la renta imponible, las cuotas periódicas de arrendamiento financiero constituyen renta para la locadora y gasto deducible para la arrendataria.

Los gasto de reparación mantenimiento y seguros, son igualmente deducibles por la arrendataria en el ejercicio gravable en que se devenguen».

[78] Artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 299, cuya vigencia ha sido restituida por el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 625.

[79] D. Leg. Nº 299. Art. 18.- «Para los bienes objeto de arrendamiento financiero se consideran activos fijos y se depreciarán durante el plazo del contrato, siendo el plazo mínimo de depreciación de tres años; y se encontrarán sujetos a las normas pertinentes sobre reevaluación periódica de activos fijos.»

El primer aspecto a determinar es si los bienes corresponden al activo fijo, y, por lo tanto, susceptibles de depreciación y corrección monetaria.

Para Ortúzar,[80] si se atiende a la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, que es de tracto sucesivo, ya que se va cumpliendo de período en período, y al hecho de que, por otra parte, existe la triple alternativa para el arrendatario que le permite al termino del contrato renovarlo, darlo por finiquitado u optar por la compra del bien objeto del mismo, considera que para el propietario de la especie y arrendador es un bien del activo fijo.

En cuanto a los bienes del activo realizable, estos son susceptibles de venderse o transferirse; en el caso de *leasing* no se presenta esta situación, y que la transferencia del bien, depende únicamente de la voluntad del arrendatario. La empresa de *leasing* tiene por finalidad arrendar el bien y no la venta de los mismos.

Los bienes del activo fijo serán materia de depreciación, lo que esta relacionada a los años de su vida útil; la consecuencia de la depreciación es una disminución de la renta afecta al impuesto a la renta.

Los contratos de arrendamiento financiero resueltos pendientes de recuperación de los bienes se consideran como cuentas por cobrar diversas conforme al Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero, en este sentido, al constituir estos contratos operaciones de arrendamiento financiero, las provisiones ordenadas se regulan por el inciso h) del Artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta (Texto Único Ordenado Decreto Supremo Nº 179-2004-EF).

En cuanto a los porcentajes máximos que se admiten como deducibles para las Empresas del Sistema Financiero por contratos de arrendamiento financiero resueltos pendientes de recuperación de los bienes, los porcentajes máximos que se admiten como deducibles para la determinación de la renta neta de esta clase de empresas son los porcentajes que la Superintendencia de Banca y Seguros establece como mínimos en las disposiciones que emita ordenando tales provisiones (Decreto Supremo Nº 199-2004-EF).

Pago del arrendamiento

En lo que se refiere al arrendatario, las cuotas periódicas de arrendamiento financiero constituyen gasto para efectos de la determinación del Impuesto a la Renta, según se produzca su devengo, al igual que los gastos de reparación, mantenimiento y seguros sobre los bienes materia de arrendamiento.

En este sentido, en la medida que el arrendatario destine el bien a operaciones gravadas con el impuesto, los pagos que efectúe por tal concepto resultan deducibles.

---

[80] Antonio ORTUZAR SOLAR, *El Contrato de Leasing*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, p. 117.

Impuesto General a las Ventas

Los ingresos que se perciben por concepto de alquiler del bien constituyen pagos por servicios, los que están gravados por el Impuesto General a las Ventas.[81]

Igualmente la adquisición del bien también se encuentra gravada con dicho impuesto.

Derechos de importación y otros tributos

Los bienes que se importan están sujetos al pago de derechos de importación, los que en principio son aplicables a los bienes que se destinen al arrendamiento financiero

Sin embargo la legislación peruana considera determinados casos en los que no se aplican estos derechos. Según el artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 299, si el tomador o arrendatario goza de un régimen especial de desgravación o exoneración, total o parcial, de estos derechos y otros tributos a la importación y/o a la adquisición local, incluyendo el Impuesto General a las Ventas y Selectivo al Consumo y otros que los sustituyan, tal régimen especial será aplicable a los bienes que aporte o adquiera localmente la locadora y que estén destinados al uso por la usuaria o arrendataria. No se pierden estos beneficios cuando la locadora transfiere los bienes a la arrendataria o los venda o dé en arrendamiento financiero a cualquier otra empresa que goce de igual o mayor grado de desgravación o exoneración o cuando los transfiera a terceros luego de cinco años de su adquisición. En caso que el adquirente o arrendatario goce de menor grado de beneficio fiscal y la transferencia tuviera lugar antes de transcurrido dicho plazo, la locadora deberá pagar los tributos que resulten por la diferencia más los recargos e intereses de ley.

Programa de reinversión

En caso que la arrendataria se beneficie con un «programa de reinversión» aprobado, podrá cumplirlo total o parcialmente mediante arrendamiento financiero, a cuyo efecto el monto de la reinversión será el precio pagado por la locadora al adquirir el bien, gozando la arrendataria del beneficio tributario que conceden las normas legales de reinversión en el momento de entrada en vigencia del contrato de arrendamiento financiero. Este beneficio se perderá si la arrendataria no ejerce la opción de compra, en cuyo caso deberá abonar el impuesto, moras e intereses correspondientes. Los programas de reinversión podrán ejecutarse mediante la

[81] En el caso del Perú, el D. Leg. Nº 821, Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, dispone en su artículo 3 lo siguiente: «Para efecto de la aplicación del Impuesto se entiende por: ... c) Servicios: Toda acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considera renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aún cuando no éste afecto a este último tributo; incluidos el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y el arrendamiento financiero».

aplicación de utilidades de la propia empresa, de terceros, o mediante arrendamiento financiero. En ningún caso el beneficio tributario podrá utilizarse en forma superpuesta.[82]

19. TRATAMIENTO CONTABLE

En lo que se refiere a la forma de contabilizar la operación de *leasing*, se advierte la posición de quienes sostienen que el arrendatario debe de contabilizarlo considerando la naturaleza jurídica del contrato, que evidencia que al arrendador le pertenece el bien y al arrendatario el uso y disfrute del mismo. Esta posición es seguida por los países de Europa Continental y gran parte de América Latina.

Mientras en Estados Unidos consideran que en el balance debe reflejarse la naturaleza económica de la operación, y por lo tanto el bien materia del contrato se debe anotar en el activo del arrendatario.

Esta divergencia, señala Ortúzar,[83] tiene una razón de fondo histórico-jurídica que radica en la naturaleza misma de la institución del *leasing*.

El *leasing* se origina en el medio anglosajón, dentro del denominado *Common Law*, en cambio en los países de Europa y América Latina se adopta el *leasing* bajo sus propias normas jurídicas, que provienen del Código de Napoleón y se remontan al Derecho Romano.

Sobre el particular se ha manifestado que: «En los sistemas anglosajones los arrendamientos financieros (*financial leasing*) son asimilados a las ventas a plazo, hasta el punto de que en Estados Unidos e Inglaterra se califican como «arrendamientos tipo venta» (*sales-type-leases*), «alquiler compra» (*lease-purchase, hire-purchase*), o «arrendamiento de pago integro» (*full pay-out-leases*).

De esta forma, se sostiene que el arrendamiento financiero es, en sustancia, una venta con pago diferido del precio, y que la propiedad se transfiere al arrendatario en el momento de contratar. Por ello, aunque el arrendador tenga a su nombre la propiedad del bien, se considera que durante el plazo de arrendamiento sólo tiene un interés de garantía (*security interest*).»[84]

Las normas de contabilidad dictadas en Norteamérica responden a lo anteriormente expuesto, es así que las disposiciones contenidas en el FASB 13, que sirvieron de base a la norma internacional que se conoce como IAS o NIC Nº 17; la empresa de *leasing* no deberá registrar el bien en su balance, debiendo sólo anotarse los pagos que por concepto de arrendamiento perciba hasta la finalización del contrato.

---

[82] Art. 20 del D. Leg. Nº 299.

[83] Antonio ORTUZAR SOLAR, *op. cit.*, p. 137.

[84] José Rafael, BERMÚDEZ, *Algunos aspectos fiscales sobre el leasing o arrendamiento financiero*, Caracas 1986.

En lo que concierne al aspecto contable, en el Perú la Ley General de Sociedad, vigente a partir del 1 de enero de 1988, establece que los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y según los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en el país (PCGA). En este sentido, por Resolución Nº 013-98-EF/93.01, el Consejo Normativo de Contabilidad precisó que los PCGA están constituidos básicamente por las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC).

En consecuencia, para efectos de su registro contable, los contratos de arrendamiento financiero se rigen por la Norma Internacional de Contabilidad Nº 17 (NIC 17).

Según la mencionada norma, el arrendador deberá registrar los bienes entregados en *leasing* como colocaciones (como activo exigible). De esta manera, en un contrato de arrendamiento financiero el arrendador transfiere todos los riesgos y los beneficios inherentes al derecho de propiedad.

En cuanto al arrendatario, este considerará en sus registros contables el bien como propio, registrándolo como activo fijo, depreciándolo y considerando los intereses como gasto.

20. EL LEASING Y LA LEGISLACIÓN BANCARIA

El aspecto a considerar es si las empresas de arrendamiento financiero se encuentran reguladas por la legislación bancaria.

Sobre el particular, no necesariamente una empresa de arrendamiento financiero deberá ser una subsidiaria de una empresa del sistema financiero, aún más, puede desarrollar sus actividades sin captar recursos del público.

En algunas legislaciones las empresas de *leasing* y sus operaciones se encuentran reguladas en la legislación bancaria.

Se sostiene, para justificar esta regulación, que existe empresa de *leasing* que son subsidiarias de empresas bancarias, y en los casos que no lo sean los recursos que obtiene para financiar sus operaciones provienen en gran partes de la emisión de los denominados bonos de arrendamiento financiero los que se emiten en el mercado de valores, siendo adquiridos con recursos provenientes de ahorros del público.

En la legislación peruana la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros (LGB) N26702 establece en su Tercera Disposición Final y Complementaria, que estas empresas se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Banca y Seguro.[85]

[85] Ley Nº 26072. Disposiciones Finales y Complementarias. Tercera.- «Las empresas de arrendamiento financiero y los almacenes generales de depósitos, continuarán rigiéndose por sus leyes propias, en lo no derogado expresamente por esta ley.

Entre las disposiciones aplicables se encuentra aquella que dispone que, para los fines del proceso de liquidación, se excluye de la masa de las empresas del sistema financiero el activo y pasivo vinculados a operaciones de arrendamiento financiero.[86]

Por otra parte, la ley penal sanciona de abuso de la firma (Art. 197. C.P.), así como a quien valiéndose de información o documentación falsa sobre su situación económica y financiera, obtiene de una empresa del sistema financiero una o más operaciones de crédito, así como de arrendamiento financiero, aplicándose lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 247 del Código Penal.[87]

En lo que concierne a la calificación de riesgo de las operaciones bancarias, se considera a las operaciones de arrendamiento financiero, las que pueden ir de riesgo cero en caso que se trate de operaciones con el Gobierno Central y el Banco Central de Reserva, hasta un riesgo del 100%.[88]

21. EMISIÓN DE BONOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Como una forma de financiar sus actividades, las empresas de arrendamiento financiero emiten los denominados «bonos de arrendamiento financiero», lo que les permite obtener recursos para adquirir los equipos que demanda el usuario.

Se encuentran bajo la autoridad y control de la Superintendencia, sean o no subsidiarias de empresas del sistema financiero».

[86] Artículo 118 de la LGB: «Para los fines del proceso de liquidación se excluye de la masa de la empresa de los sistemas financiero y de seguros a:

3. Las colocaciones hipotecarias, las obligaciones representadas por letras, cédulas, y demás instrumentos hipotecarios así como los activos y pasivos vinculados a operaciones de arrendamiento financiero, los cuales serán transferidos a otra empresa del sistema financiero mediante cesión de derechos o, en su defecto, a través de un fideicomiso».

[87] Código Penal peruano, art. 247: «El usuario de una institución bancaria, financiera u otra que opera con fondos del público que, proporcionando información o documentación falsa o mediante engaño obtiene créditos directos o indirectos u otro tipo de financiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si como consecuencia del crédito así obteniendo, la Superintendencia de Banca y Seguros resuelve la intervención o liquidación de la institución financiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de cuatro ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Los accionistas, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución que cooperen en la ejecución del delito, serán reprimidos con las mismas penas señaladas en el párrafo anterior y, además, con inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4».

[88] Artículos 189 a 193 de la LGB.

El art. 221 (14) de la Ley Nº 26702 autoriza a las empresas de arrendamiento financiero, pertenecientes al sistema financiero, a la emisión y colocación de «bonos de arrendamiento financiero».

En principio, el canon que se paga por el arrendamiento financiero constituirá los recursos destinados a la cancelación de los intereses y principal de los bonos a su vencimiento.

Este es una de las razones de la irrescindibilidad del contrato de arrendamiento financiero, de ocurrir este hecho se detendrá el flujo de los recursos que la empresa de arrendamiento financiero necesita para cumplir con las obligaciones adquiridas por la compra del equipo que es materia de arrendamiento.

En este sentido, la Ley Nº 26072, en sus Disposiciones Finales y Transitorias,[89] establece que dichos bonos no son susceptibles de redención anticipada.

En cuanto a la entidad encargada de autorizar la emisión de los bonos, es la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), debiendo, para tal efecto, cumplirse con el Reglamento de Oferta Pública y Venta de Valores Mobiliarios[90] y Disposiciones Complementarias.[91]

Por su parte, el Decreto Legislativo Nº 299 contiene diversas disposiciones que regulan la emisión y características de los «bonos de arrendamiento financiero».

Es así que el artículo 21 de dicha norma legal señala que dichos bonos podrán tener rendimiento fijo o variable, incluyendo la posibilidad de participar en los resultados de la entidad emisora, asimismo podrán ser emitidos bajo la par y ser inscritos en la Bolsa de Valores, debiendo ser a un plazo no menor de 3 años. Los intereses que devenguen y/o el reajuste de capital están exonerados del Impuesto a la Renta.

En el caso que la arrendataria cuente con un «programa de reinversión de utilidades» debidamente aprobado, la locadora podrá financiar la adquisición de los bienes incluidos en dicho programa, mediante la emisión de «bonos de arrendamiento financiero para reinversión», que otorga el beneficio de crédito tributario contra el Impuesto a la Renta en favor del adquiriente primario (art. 22 del D. Leg. Nº 299).

Señala el art. 23 del Decreto Legislativo Nº 299 que los mencionados bonos deberán consignar, en la escritura de emisión, las características de la operación que va a ser financiada, la descripción de los bienes y la afectación específica de éstos en garantía de la emisión. Será exigible, en la misma escritura, la intervención de la arrendataria.

---

[89] Ley Nº 26072 Disposiciones Finales y Transitorias. Décimo Octava: «Los instrumentos que se emitan para fines de titulización y de arrendamiento financiero, por su naturaleza no son susceptibles de redención anticipada, y son materia de negociación en el mercado secundario».

[90] Actualmente aprobada por la Resolución CONASEV Nº 141-98-EF/94.10.

[91] Resolución Gerencia General (CONASEV) Nº 211-98-EF.11.

22. LEASING INTERNACIONAL

Para efecto de facilitar las operaciones de *leasing* internacional donde se da la posibilidad de aplicación de diversas legislaciones, se han realizado trabajos destinados a la preparación de reglas uniformes con la finalidad que los países dispongan de una norma legal para distinguir el *leasing* de otros contratos.

Entre los problemas en esta clase de leasing se encuentra la situación que se presenta en el *cross border leasing*, como es la determinación de la propiedad del bien materia del contrato, en razón que las normas de los países anglosajones consideraban la transacción dentro de las reglas del arrendamiento y en los países que siguen el sistema jurídico romano-germánico el contrato se consideraba como de venta condicional.

En el *cross border leasing* se puede presentar la aplicación de tres legislaciones diferentes tal como el caso que la empresa proveedora esté domiciliada en un determinado país, la empresa de *leasing* opera en un país diferente y la usuaria que utiliza el bien en un tercer país, generando problemas tales como la determinación de la propiedad del bien materia del contrato.[92]

A efectos de compatibilizar la aplicación de estas disposiciones y facilitar el desarrollo del *leasing* en el campo internacional, se han aprobado normas que permitan cumplir con este objetivo.

En este sentido, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (International Institute for the Unification of Private Law), conocido por las siglas de UNIDROIT, en febrero de 1974 empezó sus trabajos a fin de establecer reglas uniformes sobre lo que se decidió denominar tipo de operación de *leasing sui generis*, esto es un tipo de operación que no es clasificable dentro de los esquemas contractuales clásicos.

Las reglas preparadas que dieron lugar a la convención de UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero Internacional, fueron aprobadas el 28 de mayo de 1988 en la conferencia diplomática celebrada en Ottawa, Canadá, etapa previa a la ratificación del instrumento por los diversos Estados.

Para la preparación de las normas uniformes se consideraron dos hechos esenciales:

a) El rol trascendental y dinámico que tiene en la transacción el cliente o usuario, quien es la persona que selecciona el equipo y al proveedor, en términos que el propietario ve reducida su actuación, y;

---

[92] Esto se debe, como se ha indicado, a que en los países anglosajones consideran al *leasing* dentro de las normas del arrendamiento, a diferencia de los países de tradición romano-germánica que lo consideraban dentro de las normas de la venta condicional.

b) El acuerdo, que se celebra entre las partes donde se conviene un plazo que tiene en cuenta el período de la amortización económica del equipo de que se trata, quedando así de manifiesto que la renta se paga por el uso del bien, obedeciendo la amortización a la inversión hecha por el propietario del bien.

Alrededor de estos dos puntos los autores resolvieron construir un marco legal especial, el que denominaron tipo «sui generis de leasing», que prescindiera de las figuras jurídicas existentes, y dejando al mismo tiempo a las partes amplia facultad para convenir autónomamente sus relaciones reciprocas. Los autores actuaron sobre la base de que era conveniente clarificar un número limitado de puntos fundamentales que fueran los que constituían la naturaleza atípica del *leasing* financiero en lugar de buscar obtener una modificación de todos los aspectos legales del tema, ya que, obviamente, mientras más se penetraba en detalles, había más posibilidad de encontrar dificultades que tendrían los países con diferentes sistemas jurídicos que deseaban aplicar las nuevas normas.[93]

Se tomó la decisión, para la preparación de las normas, que estas se limitarían al ámbito del *leasing* financiero. La razón es que el *leasing* operativo no muestra las características atípicas del financiero.

La Convención establece las condiciones que debe de cumplir un contrato de *leasing* para que se le considere de carácter internacional y, por lo tanto, que las disposiciones de la Convención le sean aplicables.[94]

Respecto a los bienes que pueden ser materia de *leasing*, según la Convención, se encuentran, los «equipos de planta», «bienes de capital» u otros equipos, con lo que excluye los bienes raíces.[95] Esta exclusión se debió a que se estimo

---

[93] Antonio ORTUZAR SOLAR, *op. cit.*, p. 189.

[94] Artículo 3.-

1. Esta Convención es aplicable cuando el arrendador y el arrendatario tienen sus lugares de negocios en diferentes Estados, y:

(a) aquellos Estados y el Estado en el cual el proveedor tiene su lugar de negocio, sean Estados Contratantes, o

(b) que tanto el contrato de suministro como el de leasing sean regidos por la ley de un Estado Contratante

2. La referencia dada en esta Convención por una de las partes respecto a su lugar de negocio significara, si es que tiene más de uno, aquel lugar de negocio que este más estrechamente relacionado con el contrato relevante y con su ejecución, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas o contempladas por las partes en cualquiera época antes o al término de ese contrato.

[95] Artículo 1.-

1. Esta Convención regula una transacción de leasing financiero tal como se describe en el párrafo 2, en la cual una de las partes (el arrendador),

que las transacciones sobre estos bienes tenían una incidencia limitada si se las consideraba a un nivel internacional y a que, por otra parte, se preveían dificultades para establecer normas adecuadas que unificasen en un mismo texto los principios de la legislación referente a los bienes raíces y de la propiedad personal.

La Convención tipifica una operación de *leasing* esencialmente tripartita, por lo que quedan fuera de la orbita las bipartitas, como por ejemplo el *leasing* operacional; tampoco es aplicable a la operación conocida como «sale and lease-back». Esta exclusión, señala Calegari,[96] encuentra su fundamento en virtud de la referencia que aparece en el artículo 1, al hecho que el dador adquiere el material para alquilar al tomador, de manera que el art. 1 delimita su límite de aplicación y define un operación de *leasing* financiero internacional y el art. 2 establece las condiciones que deben de ser cumplidas para que una operación de *leasing* sea considerada como tal.

La Convención consta de veinticinco artículos contenidos en tres capítulos. El primero se ocupa de su ámbito de aplicación y disposiciones generales, comprendiendo 6 artículos que delimitan la extensión substantiva y geográfica de las normas.

El Capítulo II, en sus artículos 7 al 14, concierne a la parte principal de las reglas uniformes, especificando los derechos y obligaciones de las partes de la transacción financiera del *leasing*, en lo que respecta a los derechos y obligaciones de las partes entre sí y las referentes a la relación con los derechos y obligaciones de las partes con terceros.

El Capítulo III, se refiere a las Disposiciones Finales, las que tratan de las normas que son materias usuales en las convenciones internacionales, como la ratificación y acceso de los estados a la Convención, la incorporación, fecha de vigencia, reglas sobre su aplicación, exclusión de reservas, vigencia de la Convención con relación a los contratos, denuncia de la Convención, etc.

En particular, se puede mencionar el artículo 1.3, que dispone que es optativo que el *leasing* vaya acompañado por opción de compra, tenga o no finalidad traslaticia.

El art. 5.1 permite la inaplicabilidad del Convenio cuando las tres partes de la operación compleja de *leasing* (contrato de suministro y contrato de *leasing*) así lo

---

(a) de acuerdo con las especificaciones de otra de las partes (el arrendatario), acepta un contrato (el contrato de suministro) con un tercero (el proveedor), según el cual el arrendador adquiere equipos de una planta, bienes de capital u otros equipos (el equipo) en los términos aprobados por el arrendatario y que convengan a sus intereses, y

(b) celebra un contrato (el contrato de leasing) con el arrendatario, otorgando al arrendatario el derecho de usar el equipo a cambio del pago de una renta.

[96] Lydia E. CALEGARI DE GROSSO, *op. cit.*, p. 46.

han dispuesto. El descarte del convenio por las partes, señala Sánchez,[97] implica, paradójicamente, la inaplicación tanto de sus disposiciones sobre aspectos puramente contractuales, como de las normas que regulan la oponibilidad del derecho real en manos de la empresa de *leasing* frente a terceros.

El art. 5.2 faculta a las partes, cuando no han descartado la aplicación del Convenio, derogar cualquiera de sus disposiciones, salvo las establecidas en los artículos que el mismo precepto menciona.

Entre las disposiciones con carácter imperativo sólo se encuentran determinadas cuestiones puramente obligacionales: derecho del usuario al saneamiento por evicción frente a la empresa del *leasing*, siempre que no se deba a la conducta activa o pasiva del usuario, y se origine en actos u omisiones culpables o negligencia grave de la empresa de *leasing* (art. 8.3); validez de la cláusula relativa al cálculo de la indemnización en caso de incumplimiento grave del usuario (art. 13.3 b); e invalidez de la cláusula penal de pago anticipado de cánones pendientes en caso de rescisión del contrato por la empresa de *leasing* (art. 13.4).

Consecuentemente, no figura como imperativo el art. 7, referido a la oponibilidad frente a terceros, del derecho real de la empresa de *leasing*. Puede interpretarse que la imperatividad del art. 7 no está contenida en el art. 5.2, porque es consustancial al objeto regulado, en cuanto que escapa por definición a la autonomía material de las partes. Sin embargo, eso no impide que el art. 7 sea inaplicable, igual que todo el Convenio, si las partes, conforme dispone el art. 5.1, han descartado su aplicación. De esta manera, para Sánchez se confirma la idea de que el legislador internacional no tuvo en cuenta la imperatividad consustancial a semejantes cuestiones reales, y que, de hecho, confeccionó un texto orientado y dirigido a resolver la problemática puramente contractual del *leasing* sector en el que sí puede admitirse la virtualidad y eventual éxito de la armonización internacional.[98]

23. DISPOSICIONES SOBRE EL LEASING EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

23.1. Normas que regulan el arrendamiento financiero

En cuanto a la legislación peruana, se puede mencionar como antecedentes de la normatividad del arrendamiento financiero el D. L. Nº 18957, que norma las actividades de las empresas financieras, aunque no se ocupa del leasing, el D. L. Nº 22738, que sustituye el inc. n) del artículo 13 del D. L. Nº 18957, que define el arrendamiento financiero, y el D. Leg. Nº 212.

---

[97] Lorenzo SÁNCHEZ, «Aspectos reales del leasing internacional», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 1982, p. 73.

[98] *Id.*, p. 74.

La legislación actual comprende:

- Código Civil de 1984. Artículo 1677: «El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables.»[99]
- Decreto Legislativo Nº 299, Ley de Arrendamiento Financiero, y su Reglamento, Decreto Supremo Nº 559-84-EFC.
- Decreto Supremo Nº 025-86-TC, que regula el *leasing* de naves.
- Decreto Supremo Nº 026-92 PE, que norma el régimen de *leasing* de embarcaciones pesqueras.
- Decreto Legislativo Nº 625, del 30 de noviembre de 1990, que extiende hasta el 31 de diciembre del año 2000 las exoneraciones tributarias contenidas en el Decreto Legislativo Nº 299 para los contratos de *leasing*. El mencionado dispositivo restituye la vigencia del art. 18 del Decreto Legislativo Nº 299.[100]
- Decreto Legislativo Nº 644, del 4 de julio de 1991, que regula los contratos de *leasing* de buques de bandera extranjera (art. 7).
- Decreto Legislativo Nº 750, del 13 de noviembre de 1991, Ley de Promoción de las Inversiones del Sector Pesquero, que considera al barco dado en *leasing* como de bandera nacional, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 del D. Leg. Nº 299, debiendo tener, en caso de ser usado, una antigüedad de fabricación no menor de 15 años.
- Decreto Legislativo Nº 757, del 13 de noviembre de 1991, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en la parte referente a los a los Convenios de Estabilidad del Régimen Tributario (art. 41) considera que son aplicables a los contratos de *leasing*, siempre que el valor de los bienes objeto del contrato no sea inferior a US$2'000.000; o siendo menor, con un límite no inferior a US$500.000 la adquisición de los bienes que determine la generación directa o indirecta de más de 20 puestos de trabajo permanente o no menos de US$2'000.000 de ingreso de divisas por concepto de exportaciones durante los 3 años siguientes a la suscripción del Convenio, sin que exista obligación de aporte de capital o plazos mínimos.
- Decreto Legislativo Nº 915. Retroarrendamiento financiero.

---

[99] Los artículos 1419 a 1424 se refieren al contrato de opción. El artículo 1425 señala que: «Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad».

[100] Decreto Legislativo Nº 299. Artículo 18.- «Para los efectos tributarios los bienes objeto de arrendamiento financiero se considera activos fijos y se depreciaran durante el plazo del contrato, siendo el plazo mínimo de depreciación 3 años».

- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley Nº 26702), considera entre las operaciones y servicios del sistema financiero la de realizar operaciones de arrendamiento financiero [art. 221 (35)]. Señalando en su artículo 210 límites a los arrendamientos financieros que se otorgan a favor de una misma persona.

23.2. Requisitos

De acuerdo a la legislación es requisito esencial que, en el contrato de *leasing*, se exprese el acuerdo que la empresa locadora se obliga a adquirir el bien y la arrendataria a recibirlo en uso y pagar las cuotas respectivas. En consecuencia, la celebración del contrato se realiza con anterioridad a la adquisición del bien.

El contrato deberá contener necesariamente una opción de compra a favor de la arrendataria, la que podrá ejercitarla pagando el valor residual del bien.

Entre los elementos que la legislación contempla se pueden mencionar:

1) La celebración del contrato mediante escritura pública, la cual podrá inscribirse, a pedido de la locadora, en la ficha o partida en la que se encuentre inscrita la arrendataria (art. 8 del D. Leg. Nº 299). Esta inscripción debe entenderse como una formalidad «ad probationen», de tal manera que las partes puedan exigirse recíprocamente el cumplimiento de la formalidad.[101] En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.[102]

---

[101] Art. 144 del Código Civil.- «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

Art. 1352.- «Los contratos se perfeccionan mediante el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

Art. 1412.- «Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cualquier otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente». (Párrafo incorporado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo Nº 768 (04.03.92)).

[102] La Resolución de la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de fecha 9 de noviembre de 1998 (Exp. Nº 56030-97) ha considerado: «Que en cuanto a la formalidad del contrato, cierto es que el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 229 prevé que éste debe ser celebrado por escritura pública e inscrito en el registro público, aunque también es cierto que se constituye un documento de fecha cierta donde hay expresión de voluntad y que no se ha elegido la vía procedimental ejecutiva, como faculta su artículo 10, sino la de conocimiento». Citado por Marianela LEDESMA NARVÁEZ, *op. cit.*, p. 632.

2) La no embargabilidad ni afectación de los bienes dados en arrendamiento financiero.[103]

3) La restitución inmediata de los bienes por incumplimiento de la usuaria.[104]

23.3. Terminación del contrato

i) Vencimiento del plazo pactado.

ii) Ejercicio de la opción de compra antes del vencimiento si así se ha pactado.

iii) Resolución del contrato por falta de pago de dos o más cuotas o atraso en el pago de dos meses (art. 9. del D. Leg. Nº 299).[105]

iv) Resolución expresa o de pleno derecho. Si se ha convenido en el contrato.

24. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

24.1. Ventajas

Para el usuario:

a) Se financia el 100% de la inversión, frente a otra fuente de recursos como los préstamos bancarios cuya financiación alcanza por lo general entre el 70% al 80% de la inversión.

«[En] principio [...] los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, salvo que se haya establecido una forma *ad solemnitatem*... [es decir, que éste] prefijada por la ley bajo sanción de nulidad [...]; [asimismo] cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto [...]. [Tratándose del contrato de arrendamiento financiero, si bien la ley señala que éste se celebrara por] escritura publica,... [su inobservancia] no lo hace invalido, pudiéndose admitir pruebas supletorias en defecto de la mencionada formalidad para acreditar la existencia del contrato [...]. Casación. Nº 9 2565-98, Lima, Sala Civil de la Corte Suprema Lima, 19 abr. 1999 (*El Peruano*, 15 jun. 1999, pp. 3002-3003). Citado en Jorge CARRIÓN LUGO, *Código Civil y Procesal Civil*, Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 224.

[103] Decreto Legislativo Nº 299, art. 11: «Los bienes dados en arrendamiento no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato administrativo o judicial en contra del arrendatario.»

[104] Decreto Legislativo Nº 299, art. 12. «Asiste a la locataria el derecho de exigir la inmediata restitución del bien materia de arrendamiento financiero, cuando la arrendataria haya incurrido en una causal de resolución prevista en el contrato».

[105] Decreto Legislativo Nº 299, art. 9: «Las cuotas periódicas a abonarse por la arrendataria podrán ser pactadas en moneda nacional o extranjera, y ser fijas o variables y reajustables.

Sin perjuicio de los correspondientes intereses, en el contrato se podrán pactar penalidades por mora en el pago de cuotas. La falta de pago de dos o más cuotas consecutivas, o el atraso de más de dos meses, facultará a la locadora a resolver el contrato».

b) La flexibilización de los pagos, al calcularse los mismos, dentro de un sano principio, en función del flujo de caja.

c) La eliminación de los riesgos de obsolescencia, al no ser propietario del bien, pudiendo prescindirse de su adquisición al término del contrato, así como la posibilidad de pactar su reemplazo por otros de tecnología más avanzada.

d) Posibilidad de acceso a otras fuentes de crédito.

Mientras en los préstamos la operación debe de reflejarse en el activo y pasivo del balance de la empresa tomadora, el *leasing* no aparece consignado en ninguno de sus rubros.

e) Permite efectuar inversiones de equipamiento o reequipamiento sin inmovilizar fondos.

f) La consideración del pago del canon como gasto deducible.

g) Incremento de la capacidad productiva. La contratación de equipos con una mejor tecnología incrementará la capacidad de producción de la empresa.

h) La no afectación del impuesto sobre el patrimonio, al no ser propietario de los bienes y por lo tanto no constituir parte de su activo.

Para la empresa de *leasing*:

a) Constituye un negocio.

b) Mantienen la propiedad del bien.

c) Posibilidad de obtener recursos en los mercados de valores mediante la emisión de bonos para financiar la adquisición de los equipos que requiera el usuario.

24.2. Desventajas

Para el usuario:

a) Costos financieros más altos frente a otra fuente de recursos.

b) Carácter irreversible del contrato.

c) Obsolescencia del bien por cambios tecnológicos, no habiéndose contemplado su posibilidad de sustitución durante la vida del contrato, o costo elevado para efectuar dicho cambio.

d) Cláusulas de incumplimiento del contrato excesivas.

Para la empresa:

a) Recuperación de los bienes. En especial en el caso de resolución del contrato y quiebra de la empresa usuaria.

b) El incumplimiento en los pagos.

25. LEGISLACIÓN COMPARADA

En varios países el arrendamiento financiero se encuentra normado por disposiciones específicas. A continuación se mencionan algunas de ellas.

a) *Argentina*

La Ley 24.441, publicada en el B.O. el 16 de enero de 1995,[106] se refiere al requisito del contrato de *leasing*, registro, caso de quiebra, incumplimiento de la obligación en el caso de cosas inmuebles, etc.

b) Bélgica

La Resolución Real 55, del 10 de noviembre de 1967, organiza el estatuto jurídico de las empresas que practican el arrendamiento financiero.

c) Brasil

La Ley 6099, del 12 de setiembre de 1974, que regula el arrendamiento mercantil (*leasing*), comprende disposiciones sobre el convenio tributario de las operaciones de arrendamiento mercantil y otras relacionadas con esta materia; define al arrendamiento mercantil, las disposiciones que deberán contener dichos contratos, registro, supervisión etc.

d) España

El *leasing* se encuentra regulado por el Real Decreto-Ley 15/77 del 25 de Febrero de 1977, que entre otros define al *leasing*, señala la clase de bienes que pueden ser materia de *leasing*, claúsulas que deben de contener los contratos, etc., y en la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito 26/1988.

e) Panamá

La Ley Nº 7 de 10 de julio de 1990 norma en cinco capítulos el contrato de arrendamiento financiero; la ley define este contrato, sus elementos y requisitos esenciales, las empresas arrendadoras, sus efectos fiscales,procedimientos para dar por terminado el contrato y la recuperación de la tenencia del bien, así como aspectos referentes al contrato de arrendamiento financiero internacional.

---

[106] La Cámara de Senadores, en mayo del 2000, aprobó por unanimidad la ley de *leasing* para modernizar la legislación vigente. El *leasing* ha resultado casi impracticable por su elevada carga impositiva. La ley aprobada disminuye la presión impositiva sobre el tenedor que, en lugar de abonar el IVA al comienzo de la operación, puede financiarlo en cuotas.

f) Uruguay

La Ley 16.072, del 9 de octubre de 1989,[107] considera la naturaleza y condiciones del contrato de crédito de uso, su definición, los bienes que pueden ser materia de este crédito, exclusión de la opción de compra, registro del contrato, obligaciones de la institución financiera, obligaciones del usuario, normas procesales, normas penales, normas tributarias.

[107] Esta ley es conocida como «Crédito de uso», en razón que la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores consideró la denominación «leasing» como impropia por no estar incluida en la lengua española. Ver CAMBIASSO-GARBARINO, «El leasing inmobiliario en Uruguay y su trascendencia registral». (Ley 16072, de 9 de octubre de 1989", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Nº 609, Madrid, 1992, p. 255 y *ss.*

ARRENDAMIENTO FINANCIERO (LEASING)
DECRETO LEGISLATIVO Nº 299

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República, al amparo de lo dispuesto en el art. 188 de la Constitución Política del Estado, ha delegado en el Poder Ejecutivo, mediante Ley Nº 23850, la facultad de dictar Decretos Legislativos, entre la que se encuentra comprendida legislar sobre arrendamiento financiero. Con la opinión favorable de la Comisión Bicameral Especial a que se refiere el art. 9 de la Ley Nº 23850.

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

CAPITULO I
DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Artículo 1º.- Considérase Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado.

Artículo 2º.- Cuando la locadora esté domiciliada en el país deberá necesariamente ser una empresa bancaria, financiera o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, para operar de acuerdo a Ley.

Artículo 3º.- Las obligaciones y derechos de la locadora y de la arrendataria, y por lo tanto la vigencia del contrato, se inician desde el momento en que la locadora efectué el desembolso total o parcial para la adquisición de los bienes especificados por la arrendataria o a partir de la entrega total o parcial de dichos bienes a la arrendataria, lo que ocurra primero.

Artículo 4º.- Los bienes materia de arrendamiento financiero, deberán ser plenamente identificados La locadora mantendrá la propiedad de dichos bienes hasta la fecha en que surta efecto la opción de compra ejercida por la arrendataria por el valor pactado.

Artículo 5º.- El contrato de arrendamiento financiero otorga a la arrendataria el derecho al uso de los bienes en lugar, forma y demás condiciones estipuladas en el mismo.

Es derecho irrenunciable de la arrendataria señalar las especificaciones de los bienes materia del contrato y el proveedor de los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad que dichos bienes sean los adecuados al uso que quiera darles, lo que deberá constar en el contrato.

La locadora no responde por los vicios y daños de los bienes, correspondiendo a la arrendataria el ejercicio de las acciones pertinentes contra el proveedor.

Artículo 6º.- Los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos.

Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro.

La arrendataria es responsable de] daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la locadora.

Artículo 7°.- El plazo del contrato de arrendamiento financiero será fijado por las partes, las que podrán pactar penalidades por el incumplimiento del mismo

La opción de compra de la arrendataria tendrá obligatoriamente validez por toda la duración del contrato y podrá ser ejercida en cualquier momento hasta el vencimiento del plazo contractual. El ejercicio de la opción no podrá surtir sus efectos antes de la fecha pactada contractualmente. Este plazo no está sometido a las limitaciones del derecho común.

Artículo 8°.- El contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública, la cual podrá inscribirse, a pedido de la locadora, en la ficha o partida donde se encuentre inscrita la arrendataria.

Artículo 9°.- Las cuotas periódicas a abonarse por la arrendataria podrán ser pactadas en moneda nacional o en moneda extranjera, y ser fijas o variables y reajustables.

Sin perjuicio de los correspondientes intereses, en el contrato se podrán pactar penalidades por mora en el pago de los cuotas. La falta de pago de dos o más cuotas consecutivas, o el atraso de pago en más de dos meses, facultará a la locadora a resolver el contrato.

Artículo 10°.- El contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su resolución, se tramitaran con arreglo a las normas del juicio ejecutivo.

Artículo 11°.- Los bienes dados en arrendamiento no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato administrativo o judicial en contra del arrendatario

El juez deberá dejar sin efecto cualquier medida precautoria que se hubiese trabado sobre estos bienes por el solo mérito de la presentación del testimonio de la escritura publica de arrendamiento financiero. No se admitirá recurso alguno en tanto no se libere el bien y éste sea entregado a la locadora.

Artículo 12°.- Asiste a la locadora el derecho de exigir la inmediata restitución del bien materia de arrendamiento financiero, cuando la arrendataria haya incurrido en una causal de resolución prevista en el contrato.

Al solo pedido de la locadora, señalando la causal de resolución, recaudado con el testimonio de la escritura publica de arrendamiento financiero, el Juez de turno requerirá a la arrendataria la entrega del bien al segundo dia de notificado.

El Juez podrá aplicar el apremio de detención del responsable o disponer la extracción del bien del lugar en que se encuentre, sin admitir recurso alguno.

La arrendataria que se considere afectada con tal medida podrá cuestionar en la vía correspondiente el derecho de la locadora a la resolución del contrato y exigir la indemnización correspondiente.

Artículo 13°.- La arrendataria, respecto de los bienes que posea en arrendamiento financiero con empresas dedicadas a esta actividad establecidas en el país, gozará para los efectos de sus relaciones contractuales con el Estado, empresas de derecho

público, empresas estatales de derecho privado y las empresas sometidas a regímenes especiales, de los derechos y ventajas como si tuviera la condición de propietaria de dichos bienes, excepto los referentes a la disposición o enajenación definitiva y/o constitución de gravámenes sobre los mismos.

Artículo 14°.- Para financiar sus operaciones de arrendamiento financiero, las locadoras tendrán acceso a los fondos promocionales establecidos o que establezcan en el futuro el Banco Central de Reserva del Perú o cualquier otra institución de crédito, así como las líneas de intermediación actuales o futuras, provenientes de instituciones financieras del país o del exterior. Para ello, el arrendatario deberá cumplir con los requisitos para ser calificado como beneficiario de esos fondos, salvo el relativo al denominado aporte propio, que de ser exigible, deberá ser financiado por la locadora.

Artículo 15°.- Las entidades del Sector Público, y las empresas a que hace referencia el art 6 del Decreto Legislativo No 216, para suscribir un contrato de arrendamiento financiero, en calidad de arrendatarias, deberán previamente dar cumplimiento a los mismos requisitos y aprobaciones exigidos a dichas entidades y empresas para la adquisición de bienes a que se refiere la operación.

CAPITULO II
DEL REGIMEN TRIBUTARIO

Artículo 16°.- En caso que la arrendataria goce de un régimen especial de desgravación o exoneración, total o parcial, de derechos de importación y otros tributos a la importación y/o a la adquisición local, incluyendo el Impuesto General a las Ventas y Selectivo al Consumo u otros que los sustituyan, tal régimen especial será aplicable a los bienes que importe o adquiera localmente la locadora y que estén destinados al uso por la arrendataria. No se perderán dichos beneficios, cuando la locadora transfiere los bienes a la arrendataria o los venda o dé en arrendamiento financiero a cualquiera otra empresa que goce de igual o mayor grado de desgravación o exoneración, o cuando los transfiera a terceros luego de 5 años de su adquisición. En caso que el adquirente o arrendatario goce de menor grado de beneficio fiscal y la transferencia tuviera lugar antes de transcurrido dicho plazo, la locadora deberá pagar los tributos que resulten por la diferencia, más los recargos e intereses de ley.

Artículo 17°.- Los ingresos derivados del arrendamiento financiero de bienes cuya adquisición no ha estado afecta al Impuesto General a las Ventas, no resultarán gravados con dicho tributo.

Tampoco están gravados con Impuesto General a las Ventas los ingresos derivados de contratos de arrendamiento financiero de bienes utilizados por la arrendataria exclusivamente para la producción de bienes cuya venta no esté gravada con el Impuesto General a las Ventas, o a la prestación de servicios desgravados de dicho tributo.

En caso que el bien objeto de arrendamiento financiero sea utilizado en operaciones gravadas y no gravadas o para la producción simultanea de bienes cuya venta está gravada y desgravada del Impuesto General a las Ventas, el crédito tributario se aplicará de acuerdo a las normas pertinentes.

Artículo 18°.- Para efectos tributarios los bienes objeto de arrendamiento financiero se consideran activos fijos y se depreciarán durante el plazo de contrato, siendo el plazo mínimo de depreciación tres años.[1]

---

[1] Este artículo ha sido derogado por el art. 7, Inc. b), del D. Leg. N° 399, publicado el 30/12/86, pero, posteriormente, fue restituido por el art. 3° del D. Leg. N° 625, publicado el 30/11/90, con el texto citado.

Artículo 19°.- Para la determinación de la renta imponible, las cuotas periódicas de arrendamiento financiero constituyen renta para la locadora y gasto deducible para la arrendataria.

Los gastos de reparación, mantenimiento y seguros, son igualmente deducibles por la arrendataria en el ejercicio gravable en que se devenguen.

Artículo 20°.- La arrendataria que se beneficie con un Programa de Reinversión aprobado, podrá cumplirlo total o parcialmente mediante arrendamiento financiero, a cuyo efecto, el monto de la reinversión será el precio pagado por la locadora al adquirir el bien, gozando la arrendataria del beneficio tributario que conceden las normas legales de reinversión, en el momento de entrada en vigencia del contrato de arrendamiento financiero.

Este beneficio se perderá si la arrendataria no ejerce la opción de compra, en cuyo caso deberá abonar el impuesto, moras e intereses correspondientes.

Los Programas de Reinversión podrán ejecutarse mediante la aplicación de utilidades de la propia empresa, de terceros, o mediante arrendamiento financiero En ningún caso el beneficio tributario podrá utilizarse en forma superpuesta.

Artículo 21°.- La locadora puede emitir, previa autorización de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, Bonos de Arrendamiento Financiero, nominativos o al portador, destinados al financiamiento de operaciones de arrendamiento financiero. Tales bonos quedan regulados exclusivamente por las normas del presente Decreto Legislativo.

La escritura pública de emisión de Bonos podrá consignar las características de las operaciones a ser financiadas, la descripción de los bienes objeto de las mismas y la afectación especifica de éstos en garantía de la emisión, en su caso.

Dichos Bonos podrán tener rendimiento fijo o variable, incluyendo la posibilidad de participar en los resultados de la entidad emisora. Podrán ser emitidos bajo la par y ser inscritos en la Bolsa de Valores y deberán ser a plazo no menor de 3 años.

Los intereses que devenguen y/o el reajuste de capital están exonerados del Impuesto a la Renta El interés y/o el reajuste de capital no excederá el límite máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú para operaciones pasivas.

El pago por participación en los resultados de la entidad emisora, en su caso, será gasto deducible para la locadora e ingreso gravado para el bonista.

Artículo 22°.- Si la arrendataria contara con un Programa de Reinversión de utilidades debidamente aprobado, la locadora podrá financiar la adquisición de los bienes incluidos en dicho Programa, mediante la emisión de «Bonos de Arrendamiento Financiero para Reinversión», que otorga el beneficio de crédito tributario contra el Impuesto a la Renta en favor del adquirente primario. Para efectos del porcentaje máximo reinvertible y el índice de selectividad, serán de aplicación los correspondientes a la arrendataria titular del Programa de Reinversión, quedando sujeta la inversión a las normas generales de reinversión y al Programa correspondiente. La locadora deberá emitir la Constancia de Reinversión para la utilización del crédito tributario.

El texto original decia: «Para efectos tributarios los bienes objeto de arrendamiento financiero se consideran activos fijos y se depreciaran durante el plazo de contrato, siendo el plazo mínimo de depreciación de tres años, y se encontrarán sujetos a las normas pertinentes sobre revaluación periódica de activos fijos».

Las inversiones en dichos Bonos podrán efectuarse hasta cinco días calendarios anteriores al vencimiento del plazo de presentación de la Declaración Jurada del Impuesto a la Renta, correspondiente al ejercicio gravable respecto del cual se va a utilizar el crédito.[2]

Artículo 23°.- Los Bonos a que se refiere el artículo anterior deberán consignar, en la escritura de emisión, las características de la operación a ser financiada, la descripción de los bienes y la afectación específica de éstos en garantía de la emisión. Será exigible, en la misma escritura, la intervención de la arrendataria. No podrán ser emitidos bajo la par y serán libremente transferibles.

Las demás características y condiciones de emisión se regularán por lo dispuesto en el art 21 del presente Decreto Legislativo.

Artículo 24°.- Cuando se trate de arrendamiento financiero de naves o aeronaves celebrado con locadoras no domiciliadas en el país, regirá el régimen tributario establecido en el presente Decreto Legislativo; y las cuotas periódicas estarán exoneradas del Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo y del Impuesto a la Renta. En tales casos las naves y aeronaves se considerarán de bandera peruana para todos sus efectos.

Para acogerse a lo dispuesto por este artículo, la arrendataria deberá contar con el permiso de operación respectivo. Estos contratos deberán inscribirse en el Banco Central de Reserva del Perú, como requisito para gozar del régimen tributario que el presente Decreto Legislativo establece.[3]

Artículo 25°.- En el caso de arrendamiento financiero de bienes comprendidos en la Ley N° 23557, celebrado con locadoras no domiciliadas en el país, también regirá el régimen tributario a que se refiere el artículo anterior, siempre que los arrendatarios estén dedicados a la actividad agraria, los bienes se utilicen en el cumplimiento de dicha actividad y también cumplan con inscribir los contratos respectivos en el Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 26°.- Sustitúyase el inciso b) del Numeral 1 del Apéndice V del Decreto Legislativo No 190 por el siguiente texto:

b) Las operaciones realizadas entre Bancos e Instituciones Financieras y Crediticias, así como entre ellas y las empresas debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros para celebrar Arrendamientos Financieros.[4]

Artículo 27°.- En todos los casos en que la locadora adquiera de una empresa un bien, para luego entregárselo a ella misma en arrendamiento financiero, dicha transferencia está exonerada del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo en su caso.[5]

---

[2] Este artículo ha sido derogado tácitamente por los arts. 22 y 23 del D. Leg. N° 362 (IGV), publicado el 27/2/85.

[3] Este artículo ha sido derogado por la Novena Disposición Complementaria del D. Leg. 821 (IGV), publicado el 23/04/96.

[4] Este artículo ha sido derogado por el art. 7, Primera y Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 25978, publicada el 23/12/92; siendo, a su vez derogado tácitamente por el art. 78 del D. Leg. N° 775, publicado el 31/12/93.

[5] Este artículo ha sido derogado tácitamente por el art. 76 y Sexta Disposición Transitoria de la Ley 25748 (nuevo texto IGV), publicada el 01/10/92, siendo, a su vez, derogado por el art. 78 del D. Leg. N° 775 (Ley del IGV), publicado el 31/12/93.

Artículo 28°.- El régimen tributario establecido en el presente Decreto Legislativo es permanente. Las exoneraciones otorgadas rigen hasta el 31 de Diciembre de 1990.[6]

Artículo 29°.- Derógase el Decreto Legislativo No 212, sus normas reglamentarias y complementarias, así como las disposiciones que se opongan al presente Decreto Legislativo.

Artículo 30°.- El presente Decreto Legislativo rige a partir del día siguiente de su publicación.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera Disposición Transitoria.- El régimen legal previsto en el Capítulo I del presente Decreto Legislativo rige para los contratos de Arrendamiento Financiero celebrados con anterioridad a su vigencia.

Segunda Disposición Transitoria.- El régimen previsto por el art. 17 de presente Decreto Legislativo rige inclusive para los contratos celebrados antes de su vigencia, sin que en ningún caso pueda dar origen a la devolución de impuestos ya pagados.

Tercera Disposición Transitoria.- El régimen de depreciación de los bienes objeto de contratos de arrendamiento financiero celebrados con anterioridad al presente Decreto Legislativo no podrá ser modificado.

Por tanto:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de Julio de mil novecientos ochenticuatro.

FERNANDO BELAÚNDE TERRY, Presidente Constitucional de la República.
JOSE BENAVIDES MUÑOZ, Ministro de Economía, Finanzas y Comercio.

---

[6] El plazo de vigencia establecido en este artículo ha sido ampliado hasta el 31 de diciembre del año 2000 por el art. 1° del D. Leg. N° 625, publicado el 30/11/90.

RETROARRENDAMIENTO FINANCIERO
DECRETO LEGISLATIVO Nº 915

(...)

ARTÍCULO 9.- Retroarrendamiento financiero

Precisase cuando el arrendador adquiera un bien del arrendatario para luego entregárselo a él mismo en arrendamiento financiero los resultados provenientes de dicha enajenación no se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta, salvo que:

a) El arrendatario por cualquier motivo no ejerza la opción de compra, en cuyo caso, la renta se devengará en el ejercicio en que vence el plazo para ejercer dicha opción.

b) Por cualquier motivo se deje sin efecto el contrato, en cuyo caso la renta se devengará en el ejercicio en que tal situación se produzca.

En ambos supuestos la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el valor de mercado de los bienes y el costo computable de los mismos, al momento de producirse el devengo.

El valor de mercado se determinara en función a lo dispuesto en el Artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, y en ningún caso será inferior al monto del capital financiado pendiente de pago.

Lo dispuesto en los incisos a) y b) del presente Artículo no será de aplicación cuando se produzca la perdida del bien objeto del contrato y el mismo no sea repuesto.

Artículo 10°.- Normas reglamentarias y complementarias

Mediante Decreto Supremo se dictara las normas reglamentarias y complementarias que sean necesarias para la mejor aplicación del presente Decreto Legislativo

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Precisase que los contratos de arrendamiento financiero celebrados hasta el 31 de diciembre de 2000 se rigen por lo dispuesto en el Decreto Legislativo No 299, salvo que, a partir del 1 de enero de 2001, hubieran sido modificados en cuanto a los bienes objeto del contrato. Se entiende que se modifican los bienes objeto del contrato, entre otros supuestos, cuando:

a) Se incluyen otros bienes.

b) Se cambia un bien por otro, con excepción de la reposición, total o parcial, del bien perdido.

c) Se incorporan mejoras con carácter permanente.

Segunda.- En el supuesto que el arrendatario hubiere estabilizado el régimen tributario aplicable a los contratos financieros antes de la entrada en vigencia de la Ley No 27394, el arrendador también aplicara el tratamiento dispuesto en los Artículos 18° y 19° del Decreto Legislativo No 299 sin las modificaciones introducidas por la Ley No 27394 y el presente Decreto Legislativo.

REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 299
DECRETO SUPREMO Nº 559-84-EFC

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Decreto Legislativo No 299 establece las normas aplicables a operaciones de arrendamiento financiero;

En aplicación del inciso 11 del artículo 211 de la Constitución Política;

DECRETA:

TITULO I
DE LAS EMPRESAS ARRENDADORAS

CAPITULO I
DE LAS EMPRESAS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Artículo 1º.- Las empresas domiciliadas en el país distintas de las empresas bancarias y financieras, que soliciten autorización para efectuar operaciones de arrendamiento financiero deberán constituirse como sociedades anónimas con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias que rijan a tales sociedades y a las normas especiales establecidas en el presente Decreto Supremo.

Artículo 2º.- Los organizadores de las empresas domiciliadas en el país cuyo objeto social sea el de realizar operaciones de arrendamiento financiero, tendrán necesariamente la condición de socios fundadores.

La solicitud de organización que presenten los fundadores a la Superintendencia de Banca y Seguros deberá estar acompañada de la siguiente documentación:

a) El nombre, nacionalidad, estado civil, ocupación y domicilio de los accionistas, si éstos fueran personas naturales; el nombre, objeto social, domicilio, datos de inscripción en los Registros Públicos y nombre de sus representantes, si fueran personas jurídicas;

b) La razón social de la empresa y el lugar de su sede social y las localidades donde ejercerá sus actividades;

c) El capital con que operará, el mismo que no podrá ser menor al mínimo legal exigido;

d) Constancia de haber depositado en el Banco de la Nación a la orden de la Superintendencia de Banca y Seguros dinero en efectivo o valores emitidos por el Estado por un monto no menor del 10% del capital social mínimo legal exigido a la fecha del depósito Dicho depósito podrá ser retirado a la vista de la autorización o denegación que formule la Superintendencia de Banca y Seguros;

e) Un estudio de factibilidad que justifique la capacidad técnico-económica y financiera para el funcionamiento de la empresa, de acuerdo con los términos de referencia que establezca la Superintendencia de Banca y Seguros;

f) Minuta de constitución social que deberá contener el estatuto de la empresa cuyo objeto exclusivo será efectuar operaciones de arrendamiento financiero, pudiendo desarrollar todas aquellas actividades vinculadas al objeto social que permitan los dispositivos legales vigentes;

g) La designación de un representante ante la Superintendencia de Banca y Seguros, encargado de coordinar las acciones conducentes a obtener la autorización solicitada; y,

h) Cualquier otra información o documentación adicional que a juicio de la Superintendencia de Banca y Seguros resulte necesaria, y en especial aquella que demuestre la solvencia moral, económica y capacidad empresarial de los accionistas, directores, gerentes y funcionarios.

Artículo 3°.- No podrá ser socio de una empresa de arrendamiento financiero, quien hubiera sido condenado por delito contra el patrimonio, la fe pública, delitos económicos o los denominados delitos tributarios o haya sido declarado en quiebra.

Artículo 4°. Presentada la solicitud de organización, con los documentos e información requeridos en el art. 2°, la Superintendencia de Banca y Seguros ordenará la publicación de un aviso haciendo saber el hecho e invitando a toda persona interesada para que un plazo no mayor de treinta (30) días formule cualquier observación al establecimiento de la empresa de arrendamiento financiero.

Artículo 5°.- La Superintendencia de Banca y Seguros, luego de cumplidos los tramites de Ley, y previa opinión favorable del Banco Central de Reserva del Perú, requerirá el pago del capital el mismo que deberá efectuarse mediante aportes en efectivo, procediendo luego a expedir la Resolución de Inicio de Operaciones. Los organizadores procederán entonces a otorgar la correspondiente escritura de constitución social y Estatuto, debiendo ser inscrita en los Registros Públicos respectivos, con inclusión de la citada Resolución de Inicio de Operaciones.

Artículo 6°.- La empresa de arrendamiento financiero deberá abonar a la Superintendencia de Banca y Seguros por concepto de inscripción una suma no reembolsable que será fijada por dicha Institución. Hecho el pago, la Superintendencia de Banca y Seguros inscribirá a la empresa en el registro que para tal efecto abrirá.

Artículo 7°.- Los accionistas, directores y funcionarios de las empresas de arrendamiento financiero no podrán participar bajo ninguna forma en otra empresa de igual naturaleza.

Artículo 8°.- Las empresas de arrendamiento financiero podrán inscribir sus acciones en Bolsa de Valores.

Artículo 9°.- Las letras y demás títulos de crédito que emitan, giren, acepten o avalen las empresas de arrendamiento financiero podrán negociarse, sin el requisito de autorización previa, en la Mesa de Negociación de la Bolsa de Valores.

Artículo 10°.- Para solicitar la cancelación de la autorización de funcionamiento será necesario acuerdo de la Junta General de Accionistas convocada especialmente para tal efecto.

La convocatoria será puesta en conocimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros el mismo día de la publicación, que se hará en el diario oficial y en uno de los de mayor circulación de su sede social.

De acordarse solicitar la cancelación de la autorización de funcionamiento deberá presentar una solicitud que contenga:

a) Copia autenticada notarialmente del acta de sesión que acordó el pedido; y

b) Una exposición de las razones que sustenten la solicitud.

De celebrarse la Junta y no acordarse la cancelación a que alude el párrafo anterior, la empresa deberá poner estos hechos en conocimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 11°.- Las empresas de arrendamiento financiero domiciliadas en el país prepararán su información financiera de conformidad con las normas que establezca la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 12°.- Toda variación en la composición del accionariado, del Directorio y la Gerencia de la empresa deberá ser comunicada con las normas que establezca la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 13°.- Las empresas de arrendamiento financiero deberán proporcionar a la Superintendencia de Banca y Seguros cualquier información y documentación de carácter legal, económico y financiero que ésta les requiera.

Artículo 14°.- Las empresas domiciliadas autorizadas a efectuar operaciones de arrendamiento financiero están sujetas al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, siéndoles de aplicación las disposiciones que contiene el Decreto Legislativo No 197, «Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros».

Asimismo, las operaciones que realicen dichas empresas podrán ser objeto de regulación por el Banco Central de Reserva del Perú en función de la política monetaria y crediticia.

Artículo 15°.- Las empresas de arrendamiento financiero no domiciliadas en el país que deseen realizar operaciones de arrendamiento financiero están sujetas en el mercado interno, deberán estar registradas en la Superintendencia de Banca y Seguros. Para el efecto, le presentarán una solicitud de Registro acompañada de la documentación siguiente:

a) Estatuto de constitución social y permiso de la autoridad local competente para realizar operaciones en el exterior;

b) Memorias de los últimos tres ejercicios económicos, conteniendo el dictamen de los auditores externos sobre los correspondientes estados financieros; y,

c) Designación de un representante ante la Superintendencia de Banca y Seguros.

La Superintendencia de Banca y Seguros, de considerar procedente la solicitud, y previo pago de los derechos a que alude el art.6° la inscribirá en un Registro que llevara para este tipo de empresas, otorgando la constancia de operación correspondiente. Dicha constancia faculta a realizar operaciones previo cumplimiento de los requerimientos sectoriales correspondientes. Asimismo, deberán presentar a la Superintendencia de Banca y Seguros, dentro de los 30 días de vencido cada semestre calendario un informe de las operaciones efectuadas en el mercado interno.

Estas empresas podrán ser eliminadas del Registro de la Superintendencia de Banca y Seguros, para nuevas operaciones, cuando sus actividades en el país no se sujeten a las disposiciones legales vigentes.

Artículo 16°.- Las empresas de arrendamiento financiero no domiciliadas en el país no podrán tener acceso al crédito del sistema financiero nacional, salvo el caso de avales, cartas fianza y otras garantías contragarantizados por banco del exterior de primera categoría.

CAPITULO II
DE LAS EMPRESAS BANCARIAS Y FINANCIERAS

Artículo 17°.- Las empresas bancarias y financieras que acuerden efectuar operaciones de arrendamiento financiero, deberán previamente solicitar autorización a la Superintendencia de Banca y Seguros. A tal efecto acompañaran a la solicitud correspondiente la siguiente información:

a) Copia del Acta de Junta de Accionistas, legalizada notarialmente, que contenga el acuerdo de realizar operaciones de arrendamiento financiero;

b) Minuta de modificación de Estatuto que incluya de manera expresa dentro de las operaciones que se encuentran facultadas a realizar las de arrendamiento financiero;

c) Manual de Organización y Funciones del departamento o unidad responsable de las operaciones de arrendamiento financiero Manual de Procedimiento y Controles Internos previstos para estas operaciones;

d) Políticas a seguir en operaciones de arrendamiento financiero;

e) Funcionarios responsables del manejo del departamento o unidad correspondiente.

Artículo 18°.- Los Bancos Estatales de Fomento podrán efectuar operaciones de arrendamiento financiero dentro del ámbito que corresponde a su respectivo sector. Los Bancos Estatales que acuerden realizar dichas operaciones, deberán comunicar tal hecho a la Superintendencia de Banca y Seguros acompañando a la solicitud correspondiente, además de los requisitos señalados en los incisos c), d) y e) del artículo precedente, copia notarialmente certificada del acta de Sesión de Directorio en la cual se aprueba la realización de las operaciones de arrendamiento financiero, sin cuyos requisitos no podrán dar inicio a la realización de las indicadas operaciones.

Artículo 19°.- Las empresas financieras que acuerden continuar realizando operaciones de arrendamiento financiero deberán previamente solicitar autorización a la Superintendencia de Banca y Seguros, debiendo acompañar a la solicitud correspondiente, los requisitos señalados en los incisos a),b),c),d) y e) del artículo precedente, copia notarialmente certificada del acta de la Sesión de Directorio en la cual se aprueba la realización de las operaciones de arrendamiento financiero; sin cuyos requisitos no podrán dar inicio a la realización de las indicadas operaciones.

Artículo 20°.- Las operaciones de arrendamiento financiero celebradas por las empresas financieras con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo No 299, se rigen en todo aquello que no esté expresamente convenido en los respectivos contratos, por el Capítulo I del citado Decreto Legislativo.

Artículo 21°.- El trámite para la autorización de operaciones de arrendamiento financiero de las empresas bancarias y financieras a que se refiere el presente Capítulo, se sujetará a las disposiciones contenidas en la Ley de Bancos y demás disposiciones pertinentes.

TITULO II
DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Artículo 22°.- La vigencia del contrato de arrendamiento financiero se inicia en la fecha que ha sido contractualmente convenida por las partes dentro de las posibilidades a que se refiere el art 3° del Decreto Legislativo N° 299.

Artículo 23°.- Para el efecto a que se refiere el segundo párrafo del art. 6° de la Ley de Arrendamiento Financiero, corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros.

Artículo 24°.- El mérito ejecutivo del contrato de arrendamiento financiero, faculta a la arrendadora a demandar por los trámites de juicio ejecutivo el cumplimiento de todas las obligaciones de la arrendataria pactadas en el Contrato y la realización de las garantías otorgadas, incluyendo aquellas derivadas de su resolución, como es el pago de las cantidades acordadas como penalidades por el resarcimiento de los daños y perjuicios originados, por ésta. En tal caso, el trámite a seguir será el señalado en el Subcapítulo 2° del Capítulo II, Título V de la Sección Quinta, del Código Procesal Civil.

Artículo 25°.- La arrendadora por el sólo mérito de la presentación del Testimonio de la Escritura Pública de Arrendamiento Financiero, acompañado de una liquidación de todas las cantidades adeudadas por la arrendataria, podrá solicitar el embargo preventivo sobre los bienes de ésta y de los terceros que hayan asumido obligaciones de ella, para garantizar el pago de sus deudas. En tal caso, el Juez que conoce la causa deberá disponer el embargo por cuenta, costo y riesgo de la arrendadora.

Artículo 26°.- En la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11° del Decreto Legislativo No 299, los bienes dados en arrendamiento financiero no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato judicial, civil o penal por acción dirigida contra la arrendataria.

Artículo 27°.- Cuando en el contrato de arrendamiento financiero no se haya pactado su resolución automática y sin necesidad de declaración judicial previa, la arrendadora deberá demandar por la vía ejecutiva la ejecución resolutoria del contrato, en concordancia con lo normado por el Subcapítulo 3° del Capítulo II, Título V de la Sección Quinta, del Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, sin perjuicio de accionar por la misma vía y de acuerdo al trámite correspondiente, por el pago de las cuotas vencidas, sus intereses, costos, gastos y demás obligaciones derivadas del contrato.

Artículo 28°.- Para la restitución de bienes inmuebles, en los casos a que se refiere el art 12° del Decreto Legislativo No 299, el Juez ordenará el inmediato desalojo de la arrendataria dentro del segundo día de notificado y la inmediata entrega del inmueble a la arrendadora.

TITULO III
DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO

Artículo 29°.- Cuando el traslado del régimen especial de desgravación de derechos de importación y otros tributos a la importación a que se refiere el art. 16° del Decreto Legislativo Nº 299, se derive de Contrato de Importación de Bienes de Capital con Suspensión de Derechos celebrados por los arrendatarios al amparo del art. 16° del Decreto Ley Nº 22342, de cualquier régimen con beneficios similares, del régimen de internación temporal al que se hubiera acogido al amparo del art. 115° de la Ley General de Aduanas, o bien de un régimen de liberación total o parcial de tributos a la importación, será la arrendataria la responsable directa y única frente a las Aduanas de la República por la cancelación de los derechos de importación y demás tributos, así como en su caso, por los recargos e intereses derivados del incumplimiento del Contrato, de las normas que regulan, la Internación Temporal o del Régimen de Suspensión o liberación correspondiente.

Artículo 30°.- Para efectos de lo regulado en el segundo párrafo del art. 17° del Decreto Legislativo N° 299 y con ocasión de la celebración de cada Contrato de Arrendamiento Financiero, la arrendataria deberá presentar a la Dirección General de Contribuciones, con carácter de Declaración Jurada, una solicitud en la cual consignará el nombre y domicilio de la arrendadora, así como los fundamentos de hecho y de derechos por los cuales las cuotas resultan desgravadas del Impuesto General a las Ventas. La Dirección General de Contribuciones deberá confirmar o denegar tal desgravación en el plazo de un mes contado a partir de la fecha de recepción de la solicitud, debiendo notificar dentro de dicho plazo su Resolución tanto a la arrendataria solicitante como a la arrendadora.

La falta de pronunciamiento por parte de la Dirección General de Contribuciones, dentro del plazo antes indicado, determinará que se presuma conformidad la desgravación a favor de la arrendataria.

Artículo 31°.- Los excedentes de revaluación provenientes de bienes muebles e inmuebles otorgados en arrendamiento financiero por las empresas bancarias, financieras y de arrendamiento financiero domiciliadas en el país, se aplicarán conforme lo autorice, en cada caso, la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 32°.- Lo establecido en la Primera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 299 no es de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero celebrados por el Sector Público Nacional y las empresas a que se refiere el art 6° del Decreto Legislativo No 216, con anterioridad al 30 de Julio de 1984.

Artículo 33°.- Las empresas domiciliadas en el país, autorizadas de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Supremo para realizar operaciones de arrendamiento financiero podrán emitir bonos de arrendamiento financiero y bonos de arrendamiento financiero para reinversión de acuerdo a lo requisitos que establezca la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

Asimismo, para tener acceso a los fondos promocionales y líneas de crédito que establece el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 299, además de cumplir con los requisitos necesarios en cada caso, deberán someterse al régimen de tratamiento a los capitales extranjeros.

Artículo 34°.- La base imponible para la determinación de los tributos que graben las transferencias de bienes arrendados como consecuencia del ejercicio por la arrendataria de la opción de compra, será el valor pactado para dicha transferencia en la respectiva opción.

TITULO IV
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 35°.- Las empresas bancarias y financieras autorizadas de conformidad con el presente Decreto Supremo a realizar operaciones de arrendamiento financiero, se encuentran facultadas a adquirir bienes muebles e inmuebles destinado a los contratos de arrendamiento financiero que celebren.

Artículo 36°.- Los inmuebles adquiridos por las empresas financieras para operaciones de arrendamiento financiero con contrato vigente, no serán considerados como inversiones en inmuebles para el cálculo a que hace referencia el art. 19° del Decreto Ley N° 18957 sustituido por el art. 7° del Decreto Ley No 22748.

Artículo 37°.- Conforme a lo dispuesto por el art. 1677 del Código Civil, los contratos de arrendamiento financiero se rigen por el Decreto Legislativo N° 299, el presente Decreto Supremo y supletoriamente por las normas contenidas en Título VI del Libro VII y los arts. del 1419 al 1425 del indicado Código Civil.

Artículo 38°.- Los bienes materia de los contratos de arrendamiento financiero sólo podrán ser subarrendados con previo y expreso consentimiento de arrendadora, salvo disposición contraria de las partes contratantes.

Artículo 39°.- Todos los plazos considerados en el presente Decreto Supremo están referidos a días calendario.

Artículo 40.- Deróguese el Decreto Supremo N° 327-82-EFC.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiocho días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

FERNANDO BELAÚNDE TERRY, Presidente Constitucional de la República.

JOSÉ BENAVIDES MUÑOZ, Ministro de Economía, Finanzas y Comercio.

Capítulo XXVII
CONTRATO DE PRÉSTAMO SINDICADO

1. Denominación y funcionamiento del mercado. 2. Causas del desarrollo del mercado. 3. Contrato de crédito sindicado. 3.1. Finalidad. 3.2. Antecedentes de los créditos sindicados. 3.3. La oferta. 3.4. Idioma del contrato. 4. Naturaleza jurídica de los contratos de crédito sindicado. 4.1. Contrato de préstamo. 4.2. Contrato de apertura de crédito. 4.3. El contrato de préstamo y la apertura de crédito en cuenta corriente en la legislación peruana. 4.4. Situación de los contratos de créditos sindicados o eurocréditos. 5. Participación de los bancos en los contratos del eurodólar. 5.1. Bancos gerentes, banco agente y bancos participantes. 5.2. Bancos de la referencia. 5.3. Relaciones entre los bancos participantes. 5.4. Obligaciones del banco agente. 6. Ley aplicable al contrato. 7. Cláusula de jurisdicción. 8. Inmunidad soberana y los contratos de eurocréditos. 8.1. La inmunidad soberana en el sistema legal británico. 8.2. La inmunidad soberana en los Estados Unidos de América. 8.3. Cláusula de renuncia a la inmunidad. 8.4. La inmunidad soberana y la doctrina del acto de Estado. 9. La doctrina del acto de Estado. 9.1. La doctrina del acto de Estado en los Estados Unidos de América. 9.2. La doctrina del acto de estado en el sistema Legal Británico. 10. El desarrollo del mercado y las modificaciones de algunas cláusulas de los contratos de eurocrédito.

El desarrollo del mercado del eurodólar a partir de la década de los sesenta ha dado lugar a que los contratos de crédito relacionados con este mercado revistan ciertas características especiales; adaptándose sus cláusulas a las circunstancias del mercado, dentro de este contexto se analiza el funcionamiento y desarrollo del mercado, la naturaleza jurídica del contrato y relaciones de las partes que intervienen, así como los aspectos de la ley aplicable e inmunidad con especial referencia al Derecho inglés y americano.

1. DENOMINACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

Las transacciones en eurodólares han sido definidas como cualquier transacción en dólares americanos realizada por un banco comercial que opera fuera de los Estados Unidos (incluyendo las sucursales de bancos americanos) a las tasas del eurodólar.[1]

El criterio de distinción entre un dólar y un eurodólar es la localización geográfica del depósito y no la nacionalidad del titular; por consiguiente, los eurodólares son dólares, pero dólares adquiridos y negociados fuera de los Estados Unidos.

El prefijo «euro» se adopta en razón que fue Londres lugar de nacimiento de este mercado, así como el principal centro de su actividad.

En la actualidad parte significativa de estas transacciones se realizan en centros fuera de Europa, como las Bahamas, Panamá, Singapur, Hong Kong, etc.

Si bien es cierto, en las primeras etapas de este mercado el dólar fue prácticamente la única moneda usada; el espectro de monedas se amplía en los años siguientes efectuándose, además, transacciones en monedas tales como: la libra esterlina, francos suizos, marcos alemanes, florines holandeses, francos franceses, etc., teniendo estas operaciones la principal característica del eurodólar: depósitos y préstamos de dinero fuera de su país de origen.

Aunque una de las características del mercado es que la moneda se encuentre fuera de su país de origen, se debe señalar, en el caso de lo dólares americanos, que en virtud de una regulación de la Junta de Sistema Federal de los Estados Unidos denominada Facilidad Bancaria Internacional (IBF), con vigencia a partir del 3 de febrero de 1982, se exceptuó a los bancos que actúan en el sistema americano de los requerimientos de encaje y limitaciones de tasa de interés para los préstamos y depósitos en dólares relacionados con los no residentes americanos. El objetivo de esta facilidad fue tratar que parte de los dólares americanos situados en el exterior, así como una ampliación de las actividades de estos bancos y una expansión de la actividad bancaria internacional.

En lo que concierne a la tasa de interés de este mercado, la misma se determina por la oferta y demanda de cada día; fluctúa diariamente y varía de centro, a centro aunque el arbitraje tiende a igualar las diferencias geográficas y está influenciada por factores tales como la tasa de interés del mercado interno de los Estados Unidos, la estructura de las tasas internacionales, la situación de los mercados de cambio a futuro, las regulaciones de política económica proveniente de los diversos países, cuyas monedas inciden en este mercado.

---

[1] E.W. CLENDENNING, *The Eurodollar Market*, Clarendon Press Oxford, University Press, Oxford, 1970, p.16

En un principio los bancos financian préstamos a largo plazo con un interés fijo, sin embargo, en razón del brusco incremento de los intereses de los recursos a corto plazo, se empiezan a efectuar préstamos a largo plazo ajustando periódicamente la tasa de interés. De esta forma se trata de solucionar el problema asociado con la falta de correlación de los vencimientos del dinero que se ofrece y el dinero que se demanda.

La introducción del denominado crédito renovable (*roll over*) vincula formalmente los préstamos a mediano y largo plazo con la tasa de los mercados monetarios (corto plazo) al procederse a ajustar dicha tasa en diversos intervalos.

El interés sobre el cual las transacciones se efectúan se basa en la tasa de oferta del mercado de intercambio de Londres, conocida como Libor, que responde a la abreviatura de la palabra inglesa de «London Interbank Offer Rate». El dinero de estas transacciones es ofrecido a 3 ó 6 meses por los principales bancos de esa plaza a otros bancos. Este procedimiento permite a los bancos prestamistas obtener los recursos que necesitan en cualquier momento en los términos y condiciones que prevalezcan en dicho mercado.

Así, por ejemplo, en el caso de un préstamo con un período de repago de cinco u ocho años, los recursos para otorgarlo provendrán de los depósitos a corto plazo, usualmente de tres o seis meses existentes en el mercado. Cuando el depósito debe ser repagado el prestamista obtiene los fondos a través de depósitos a corto plazo que se ofrecen en ese momento pagando la tasa de interés vigente; por otra parte, la renueva el crédito al prestatario por un período similar al del nuevo depósito cobrándole la tasa de interés vigente para los préstamos al momento de la renovación.

2. CAUSAS DEL DESARROLLO DEL MERCADO

La aparición del mercado del eurodólar se origina en la década de los años cincuenta con la transferencia de los depósitos en dólares que los países de la Europa del Este mantenían en los Estados Unidos a los bancos europeos, basado en el temor del bloqueo de sus cuentas debido a las disputas que tenían sin arreglar con ese país, proveniente de la negativa del pago de los bonos de la época de los zares y del material bélico entregado durante la segunda guerra bajo el sistema préstamo-arriendo, a lo que se unía el deterioro de sus relaciones políticas con Washington.

Su posterior desarrollo y auge es el resultado de varios factores, existiendo discrepancias acerca de cuál fue el más preponderante. Al respecto, se puede mencionar: la crisis en 1957 de la libra esterlina, resultado de los desequilibrios de la balanza de pagos del Reino Unido, lo que obligó a las autoridades de ese país a establecer controles rígidos sobre préstamos que recibían y otorgaban los bancos a los no residentes. Además de estas restricciones, la libra esterlina se convirtió en una moneda costosa, al alcanzar su tasa de descuento el 7%, que era excepcionalmente alta para esa época. Con el objeto de mantener su posición en el

financiamiento del intercambio mundial, los bancos comenzaron a utilizar dólares americanos como sustituto de la libra esterlina.

Otro paso importante se da en 1958 al autorizarse la convertibilidad externa para los no residentes de las principales monedas europeas, lo que permite a los bancos de los países respectivos a comprar y vender dólares libremente y utilizarlos en el financiamiento del intercambio internacional.

Otro factor fue la ausencia de restricciones y regulaciones en el mercado de Londres para las monedas distintas a la libra esterlina, lugar donde se desarrolla en un comienzo gran parte de estas transacciones. Esta falta de restricciones y regulaciones permitió pagar la tasa de interés más baja en el caso de los créditos, en comparación con las tasas del mercado de los Estados Unidos, en razón de no existir requerimientos de reservas en moneda extranjera. Además, en el sistema bancario americano existía un límite sobre los intereses que los bancos americanos podían pagar por los depósitos, impuesto por la denominada Regulación Q.

Por otra parte, los déficits que se presentan en la balanza de pagos de los Estados Unidos originados en los movimientos de capitales provenientes de las inversiones en el extranjero, programas de ayuda y gastos de defensa, ha sido señalado como una de las principales causas del desarrollo de este mercado.

A efecto de evitar la salida de capitales del mercado americano, se aplica, a partir de 1963, un impuesto llamado de igualización de intereses con una tasa de hasta el 15% sobre el precio de compra de bonos extranjeros vendidos a inversionistas americanos, disposición que se extiende posteriormente para cubrir todos los créditos bancarios y no bancarios para extranjeros. Las autoridades bancarias americanas confiaban en que la debilitación de la capacidad de endeudamiento de los Estados Unidos forzaría a los países de la Europa Occidental a desarrollar su propio mercado de capitales y, de esta forma, posibilitar la movilización de fondos netamente europeos, en lugar de americanos, para financiar las inversiones de esos países. Para obviar los efectos de este impuesto se comienzan a emitir en Europa obligaciones en dólares. Este impuesto tuvo como consecuencia inmediata el desplazamiento de una parte sustancial de la demanda de recursos financieros del mercado americano a las plazas europeas que operaban en dólares.

Debido a que los créditos bancarios para los extranjeros continuaban aumentando, se estableció en 1965 un programa de restricciones crediticias voluntarias, destinado a controlar los préstamos a los no residentes por parte de los bancos y otras instituciones financieras. Este programa se convirtió en obligatorio en 1968. El programa consistía en un llamado a todos los bancos e instituciones financieras de los Estados Unidos para limitar el otorgamiento de sus créditos a los extranjeros y su inversión en valores extranjeros de acuerdo con una serie de lineamientos emitidos por el Sistema de la Reserva Federal. Estos programas contribuyeron al desenvolvimiento y desarrollo del mercado del eurodólar, en razón que la demanda de recursos en dólares se tuvo que canalizar en ese mercado.

Estos controles, el impuesto de igualación de interés y el programa de restricciones, fueron eliminados en 1974.

Finalmente, otra causa que se puede señalar son los fuertes aumentos de los precios del petróleo en los años 1973-74 y 1979-80 que produjeron considerables superávit en cuenta corriente en todos los países miembros de la OPEC. Después del primer aumento de los precios del petróleo, alrededor del 50% de las colocaciones adoptó la forma de depósitos bancarios, principalmente en los mercados de euromonedas. Tras el segundo aumento la cifra se elevó a 61%.[2]

3. CONTRATO DE CRÉDITO SINDICADO

3.1. Finalidad

En términos generales, este contrato tiene por finalidad los mismos objetivos que cualquier contrato de crédito, es decir, permitir la disponibilidad de capitales a una persona física o jurídica en determinadas condiciones, comprometiéndose el deudor a devolver dicho capital con sus intereses previamente establecidos y normalmente variables.

Sin embargo, existen ciertos elementos que lo distinguen de un contrato de crédito, que podemos denominar común.

Dichos contratos permiten que los recursos que provienen del mercado a corto plazo puedan ser colocados en el mercado a mediano plazo, mediante el mecanismo de créditos renovables (*roll over*). En cuanto a la tasa de interés, ésta es variable en relación con el total de la prestación del contrato; dependerá de la tasa de interés vigente en el momento en que se renueva el crédito.

Por regla general, hay una pluralidad de acreditantes frente a un solo acreditado. Si bien estos contratos permiten concentrar cantidades significativas de capital, el riesgo se encuentra compartido entre los diversos oferentes del capital, en razón que del monto del crédito los participantes se encuentran en la obligación de entregar sólo la parte que se han comprometido.

Otra característica de estos créditos es que el capital ofrecido se basa en una eurodivisa.

Es conveniente distinguir las relaciones jurídicas que se derivan de las obligaciones de los bancos por su participación en las operaciones de crédito del mercado del eurodólar.

Por una parte, se plantean las obligaciones que existen entre los bancos que se asocien para participar y que significa para ellos la asunción de unos compromisos

---

[2] BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 1985*, Washington D.C., p. 103.

concretos, los mismos que se encuentran regulados en un contrato de sindicación que solamente celebran los bancos.

Por otro lado, se encuentran las obligaciones de estas entidades como un conjunto frente al acreditado, las mismas que se regulan en el contrato de crédito propiamente dicho.

En la práctica, en muchos casos se incorpora al contrato de eurocrédito estos pactos de sindicación, considerándose en una sección especial del contrato la regulación de las relaciones entre los bancos participantes, el agente y los gerentes.

Sin embargo, para efectos del análisis se conservará la distinción entre el contrato de sindicación que atañe únicamente a las relaciones entre los bancos y el contrato de crédito que se refiere a las relaciones entre estos y el acreditado.

3.2. Antecedentes de los créditos sindicados

Durante la década del sesenta cada uno de los bancos que actuaba en dicho mercado otorgaba sus créditos separadamente, sin embargo los bancos también se agrupaban para conceder créditos constituyéndose en ese caso los llamados préstamos multibancarios. Estos créditos se caracterizaban por un acuerdo de préstamo común para todos los bancos; no se señalaba a ningún organizador, aunque obviamente uno de ellos realizaba tal función; tampoco se determinaba quién efectuaba dentro del grupo de bancos, las labores administrativas, o exigía el cumplimiento de los términos del contrato o el crédito durante su vigencia; no existía, por otra parte, el pago de comisiones por organización y administración. Cada banco desembolsaba directamente al prestatario y éste pagaba en la misma forma a cada institución.

Los créditos multibancarios de los años sesenta fueron los precursores de los créditos sindicados, de gran auge en los años setenta.

Los bancos que participan en los créditos multibancarios, así como en los créditos sindicados son de diversas nacionalidades.

3.3. La oferta

En lo que se refiere a las etapas que usualmente se observa para el otorgamiento del crédito, se inicia mediante una comunicación de oferta al futuro acreedor, el mismo que es remitido por los bancos a solicitud de éste. Dicha comunicación contiene la descripción de las condiciones financieras del crédito, tales como período de repago, tasa de interés, comisiones, período de utilización, referencia a la jurisdicción y ley aplicable a la que se someterá el contrato, los pagos que deben efectuarse libres de impuestos, la mención a que el contrato contendrá las cláusulas usuales para créditos en el mercado del eurodólar. La oferta que se presenta puede ser bajo un compromiso a firme, lo que significa que los bancos gestores se obligan a entregar la suma que la comunicación señala como monto de crédito

aunque no hayan podido colocarlo o vender parte de éste a otros bancos. O puede ser en base a los mejores esfuerzos, en cuyo caso el crédito sólo alcanzará hasta la suma que puedan conseguir en el mercado. Aceptada la oferta se emite un mandato mediante una carta-acuerdo o de intención suscrita por los bancos gestores y el futuro acreditante para que éstos puedan vender las participaciones del crédito a otros bancos. Cuando el monto es elevado y se requiere interesar la concurrencia de varios bancos, el banco o bancos gestores solicitan que durante un determinado período el acreditado no haga gestiones para obtener fondos del mercado del eurodólar.

Por su parte, el banco líder o los bancos gestores remiten comunicaciones invitando a participar en el sindicato a otros bancos.

En el caso de la oferta con compromiso a firme una vez que se acepta ésta constituiría un contrato preparatorio.

Según el artículo 1414 del Código Civil del Perú, por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Es necesario remarcar, señalaba Max Arias-Schreiber, que «no se trata en estos contratos de postergar la ejecución de uno definitivo, sino de concretar su constitución. En tal virtud lo que las partes hacen es obligarse a celebrar un contrato. Por ello se afirma que el compromiso de contratar carece de fin económico propio inmediato y que sólo consiste en un puente destinado a la formulación de un contrato posterior.[3]

En la comunicación de oferta bajo un compromiso a firme se encuentran los elementos esenciales que constituirán la base del contrato definitivo, los bancos gestores se comprometen a otorgar los recursos materia del préstamo en el caso que no puedan obtenerlo a través de las participaciones de otros bancos, contiene, como lo señala el artículo 1415 del Código Civil, por lo menos los elementos esenciales del contrato definitivo. En dicha comunicación se especifica el monto, condiciones financieras del contrato, legislación y ley aplicable; así como el compromiso; las cláusulas del contrato serán las usuales que se utilizan para los contratos de crédito en el mercado del eurodólar, etc. En el contrato definitivo las partes completarán los detalles de la relación contractual, pudiendo incorporar otras cláusulas, sin apartarse de lo esencial.

Santos Briz comenta que «el contrato preliminar, para existir y ser válido, ha de reunir los requisitos necesarios para los contratos en general, siendo necesario que en él se indique la especie del futuro contrato definitivo pero no que sean igualmente determinados todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior».[4]

---

[3] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis. Código Civil peruano de 1984, Contratos: Parte General*, T.1, Editorial Studium, Lima, 1986, p. 185.

[4] Jaime SANTOS BRIZ, «La contratación privada», p. 10, citado por *id.*, p. 187.

La otra situación que se presenta es que la oferta que se formula mediante la comunicación sea en base a los mejores esfuerzos, lo que significa que si los bancos gerentes no pueden obtener los fondos de terceros para efectuar el crédito se liberan del compromiso asumido, en este caso se estaría frente a una condición suspensiva. Cuando se obtenga los recursos, el compromiso de contratar cobrará plena fuerza.

En la oferta se detallan los costos financieros de cargo de acreditado, encontrándose entre ellos el pago de interés y comisiones, además del pago de honorarios fijos, por lo general anual, al banco que se desempeñará como agente durante la vida del préstamo como retribución por la labor a cumplir. Por otra parte, se estipula que será igualmente de cargo del acreditado los gastos que conciernen a la preparación del contrato, como son los gastos de comunicaciones, teléfono, viajes, impresión, honorarios de abogados, estableciéndose en algunos casos un límite máximo de estos gastos.

En cuanto a las comisiones, existen las denominadas de compromiso y de gestión o administración. La primera se calcula anualmente sobre los saldos no utilizados del crédito y la segunda sobre el monto total del crédito. Esta última se paga a los bancos gerentes por la labor de organizar el crédito.

3.4. Idioma del contrato

Es conveniente precisar que el idioma en que se redactan estos contratos es el inglés, y por regla general se someten a las leyes y tribunales de Inglaterra o a las leyes y cortes del Estado de Nueva York.

Se considera que estas legislaciones regulan actividades en áreas donde existe una gran actividad financiera, son sistemas conocidos por las partes que intervienen en el crédito y son los lugares donde los abogados de los bancos desarrollan sus actividades.

En cuanto a los tribunales, se estima que los jueces tienen conocimiento y experiencia en esta clase de operaciones y además se les considera independientes en sus apreciaciones.

De esta manera los contratos se formulan bajo la perspectiva de un sistema de derecho anglosajón, diferente al nuestro, en el cual la materia contractual es totalmente dispositiva y donde existe una terminología particular cuya traducción a otro idioma no refleja algunas veces el concepto que se expresa en su idioma original. Esta circunstancia trae como consecuencia que se estipule como el idioma válido del contrato el inglés.

Por otra parte, como la transacción puede ocurrir en varias jurisdicciones, y deseando las partes una uniformidad en la interpretación del contrato, concuerdan que éste sea regido y construido bajo una determinada ley.

A estos créditos se les conoce en inglés con el término de «loan agreement», los que son traducidos como contratos de préstamo.

En relación con el aspecto terminológico, Gómez-Rey comenta:

«La existencia de esta terminología no debe inducirnos a error ni, por supuesto, a prejuzgar la verdadera naturaleza porque siempre hemos de tener presente que estas figuras han sido «diseñadas» para operar y ser eficaces en un ordenamiento muy distinto del nuestro, como por el hecho de que las variantes terminológicas tienen, sobre todo en el lenguaje jurídico, distinta significación en los diversos idiomas».[5]

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO SINDICADO

Hay que subrayar, agrega el autor arriba mencionado, que en estos contratos la discusión sobre la naturaleza jurídica de los mismos se sale de los límites propiamente académicos para situarse en estrecha conexión con la práctica, y esto es así porque la conceptuación del contrato como una u otra figura jurídica puede, y de hecho llega a tener, trascendental importancia a la hora de dilucidar las responsabilidades por incumplimiento (y siquiera si éste se ha producido) de las distintas partes intervinientes en el contrato.[6]

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de estos contratos, se presenta la posibilidad de incluirlo dentro del préstamo bancario y la apertura de crédito bancario.

Del mutuo se han desgajado algunas formas de contrato de crédito, expresa Messineo,[7] como el reporto, el descuento, la apertura de crédito y el anticipo. Se han desgajado, en el sentido de que el sustrato económico de tales contratos ese el mismo del mutuo, pero las formas jurídicas son absolutamente diversas, toda vez que están provistas de caracteres peculiares para cada una de ellas.

En cuanto al contrato de préstamo, el mutuante entrega al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad. En este sentido el elemento fundamental del contrato de préstamo es la entrega del capital en dinero y se perfecciona por la entrega de la cosa que el prestatario ha de devolver, constituyendo un contrato de los denominados reales, según la doctrina civilista.

4.1. Contrato de préstamo

En la doctrina mercantilista española se ha dudado de la posibilidad de armonizar la tradicional naturaleza real del contrato de préstamo con la

---

[5] Fernando Javier GÓMEZ-REY, *Créditos y préstamos internacionales*, Ediciones del Foro, Madrid, 1982, p. 31.

[6] *Id.*

[7] Francesco MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 112.

mentalidad y forma de operar propia de los bancos, llegándose a conclusiones que prácticamente se apartan de la anterior conceptuación civilista del préstamo como un contrato real.[8]

Sobre este punto Gómez-Rey comenta: «En efecto, cuando menos es dudoso el considerar que una operación concertada por un Banco y su cliente para la entrega de éste de una cantidad de dinero, que se compromete a devolver con un interés, carezca de la naturaleza de préstamo por el mero hecho de que dicha cantidad de dinero sea dispuesta posteriormente por el cliente y no en el mismo momento en que se suscribe el contrato base. Asimismo, es sumamente discutible el que dicho contrato no se perfeccione hasta que la entrega del dinero se produce, por lo que existe un paulatino desplazamiento ya no sólo en la doctrina mercantilista española, sino en la doctrina internacional, sobre el tema que nos ocupa: desplazamiento a favor de una mayor consensualidad de este tipo de contratos, que no desvirtúan su naturaleza básica de préstamo por ello».[9]

Por otra parte, se sostiene que es un contrato unilateral en razón que sólo da lugar a obligaciones para el prestatario, ya que la que corresponde al prestamista se agota con la entrega del dinero.

El prestamista no asume obligación alguna, puesto que la entrega al prestatario del dinero no es consecuencia o efecto del contrato, sino condición para la existencia del mismo.

Además es traslativo de dominio, porque las cosas prestadas salen de la propiedad del prestamista para ser adquiridas por el prestatario; el prestamista, como señala Uría,[10] pierde la propiedad de lo prestado, para adquirir, en cambio, un derecho de crédito al *tantumdem*.

4.2. Contrato de apertura de crédito

En cuanto al contrato de apertura de crédito, Uría lo define como un contrato por el que el banco concede crédito al cliente (acreditado) por un cierto plazo y hasta una suma determinada, obligándose, a cambio del percibo de una comisión, a poner a la disposición de aquél dentro de ese límite las cantidades que le reclame dentro del plazo fijado».[11]

Según el artículo 1842 del Código Civil de Italia de 1942, la apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un determinado período de tiempo o por tiempo indeterminado.

---

[8] Ver sobre este punto Joaquín GARRIGUES, *Contratos bancarios*, *op. cit.*, p.233.

[9] Fernando Javier GÓMEZ-REY, *op. cit.*, p. 32.

[10] Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, 3ª. ed., Madrid, 1962

[11] Id., p. 551.

En lo que se refiere a la utilización del crédito, el art. 1843 señala que, «si no ha convenido otra cosa, la persona a quien se le ha concedido puede utilizar varias veces el crédito, según las formas de uso, y puede, con sucesivo ingresos, reintegrar su primitiva disponibilidad».

Messineo señala que: «En el contrato de apertura de crédito, encuentra aplicación destacada el concepto de disponibilidad (o poder disponer)... La disponibilidad consiste en el poder de empleo de una suma ajena, en los modos más variados, entre los cuales culmina la enajenación de ella y la posibilidad de convertirse en su propietario. Ante, del ejercicio del mismo, el poder de disponer no atribuye un derecho real, sino un derecho de crédito; sin embargo, se trata de un derecho de crédito de particular eficacia, puesto que depende únicamente de la voluntad de quien está investido del mismo la posibilidad de convertirlo en derecho real. Desde el punto de vista del efecto práctico, quien tiene la disponibilidad, tiene para sí uno de los atributos normales de la propiedad, aún no siendo propietario.»[12]

El artículo 291 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México lo define con bastante exactitud, al decir que es un contrato por el que el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o asumir una obligación por cuenta de éste, quien se compromete a restituir dicha suma o cubrir el importe de dicha obligación, si fuere cumplida por el acreditante.[13]

Esta figura asegura al cliente la disponibilidad de capitales a medida de sus necesidades, pagando intereses sobre las sumas realmente dispuestas.

Fiorentino dice que la diferencia entre la apertura de crédito y el mutuo debe buscarse en que este último es un contrato de crédito de ejecución repetida. A su juicio, la apertura de crédito es una especie evolutiva del mutuo creada por la práctica para satisfacer exigencias de la misma naturaleza de las que satisface el mutuo, pero para las cuales el esquema rígido de este contrato ha demostrado ser insuficiente.[14]

En la apertura de crédito se observan los siguientes caracteres:

Es consensual, nace con el consentimiento de las partes; es bilateral debido a que el banco se obliga a entregar al cliente el importe del crédito y éste a devolver al banco las sumas de que haya dispuesto; es oneroso ya que existe pago de intereses y comisiones y, por lo general, de tracto sucesivo, aunque este último requisito no es esencial puesto que el acreditado puede disponer en un solo acto del importe total del crédito. Es, además, un contrato convenido *intuitu personae*, que

---

[12] Francesco MESSINEO, *op. cit.*, p. 130.

[13] Joaquín RODRÍGUEZ R., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Editorial Porrúa, 5ta. Ed., México, 1984, p. 87.

[14] FIORENTINO, *Le operazione bancarie*, Nápoles, 1952, p. 33-34.

origina obligaciones de carácter estrictamente personal, en razón de que el banco acreditante se obliga en consideración a la solvencia y demás condiciones personales del cliente acreditado.

En lo que se refiere al momento de ejecución de la apertura de crédito, debe distinguirse el momento de su perfección jurídica del de su ejecución. La perfección del contrato se realiza por el cambio de consentimiento sobre la cantidad, intereses y demás cláusulas propias del mismo; el contrato se ejecuta cuando el acreditando cumple la obligación de hacer, que consiste en poner a disposición del acreditado la cantidad prometida o asumir por él una obligación lo que también equivale a lo mismo. El acreditado dispone del crédito mediante una serie de actos de pago que realiza el acreditante, que no son operaciones autónomas, sino momentos de ejecución del contrato de crédito.

En cuanto a la utilización de la apertura de crédito, el acreditado tiene el derecho de disponer del crédito cobrando su importe en uno o varios pagos o exigiendo que se contraigan las obligaciones prometidas. Este debe aclararse, no está obligado a usarlo, pero, si así se pactó, deberá pagar la comisión convenida aunque no disponga de aquél.

Si no se ha pactado cosa distinta el acreditado tiene el derecho de disponer del crédito a la vista; pero si hubo convenio especial, el crédito podrá ser utilizado mediante sucesivas disposiciones con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan recuperar al crédito su cuantía primitiva.

En el primer caso, se habla de la apertura de crédito simple, donde el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato.

Normalmente, el acreditado deberá pagar una comisión total sobre el importe del crédito que se le concede y, además, intereses sobre las cantidades de que disponga efectivamente, aparte de otros cargos establecidos por la costumbre mercantil.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la apertura de crédito bancario, se plantean tres teorías: la del contrato de préstamo, la del contrato preparatorio de préstamo y la del contrato definitivo de concesión del crédito.

Basándose en que la operación de crédito conduce a la entrega de un capital al acreditado, el que ha de ser restituido por éste al banco, algunos autores han puesto énfasis en esta acción de restitución y pensando en el contrato de préstamo como prototipo de los contratos que producen como obligación única de restituir el capital recibido.

Mientras que en el contrato de apertura de crédito el cliente se obliga sólo en el supuesto que reciba alguna cantidad del banco, cosa que todavía no se sabe si ocurrirá o no en el momento en que el contrato se pacta, en el préstamo el prestatario se obliga a devolver el capital que ha recibido ya, por considerarse el préstamo como un contrato real.

Por otra parte, en la apertura del crédito, señala Garrigues, no se trata de una obligación condicional, sino de una obligación que se engendra en el seno de otra obligación, que no es la del cliente, sino, precisamente; del banco, la obligación de tener a disposición del cliente las sumas que éste le pida dentro de ciertos límites. Luego, a la obligación del acreditado precede necesariamente la obligación del banco. Esta consiste precisamente en abrir créditos a sus clientes.[15]

La perfección del contrato, en el caso del préstamo, depende de la entrega del dinero; en el caso de la apertura de crédito, el banco no se obliga a entregar una cantidad, ni siquiera declara haberla entregado, porque no lo ha hecho, sino que simplemente se obliga a poner a disposición en un determinado lapso un capital monetario.

Otro sector plantea encuadrar la apertura de crédito bancario dentro del más amplio concepto de la promesa de préstamo, criterio que sigue la doctrina italiana y cierto sector de la doctrina española. Se trata de solucionar de esta manera la antítesis entre el concepto de contrato unilateral (mutuo) y la apertura de crédito como contrato bilateral. Esta sería una promesa de préstamo que se transforma en préstamo el día en que se cumple. El pacto de dar un préstamo, figura a la que el Derecho Romano denominaba *pactum de mutuo dando*, se diferencia del préstamo en que es un contrato consensual y en que la obligación no es a cargo del futuro prestatario que no ha recibido el dinero sino del futuro prestador que ha de entregarlo.

Messineo señala que, «Existen razones especiales que obstan a la concepción de la apertura de crédito, como contrato preliminar de mutuo, o promesa de préstamo (*pactum de mutuo dando*) y que conserva un valor, incluso si, hipotéticamente, debiera acogerse la apuntada tesis del contrato preliminar sin ninguna otra calificación». «Puede ocurrir que el acreditante, al ejecutar el contrato de apertura de crédito, efectué la entrega directa de la suma acreditada». «Dado que este acto es elemento esencial constitutivo del mutuo, parece obvio deducir que el mutuo sirve aquí de contrato definitivo respecto de la apertura de crédito, que sería, precisamente, según el enunciado, un contrato preliminar de mutuo. Una conclusión de esta categoría, aún cuando pueda parecer apoyada por una indiscutible premisa, no es, sin embargo, menos falaz; porque lo que califica el mutuo no es solamente la entrega o dación, sino principalmente el título por el cual aquella entrega es efectuada».

«Este último aspecto, bastante delicado, no ha merecido bastante la atención de nuestros tratadistas. Pero, por otro lado, ha sido puesto a tiempo, en justa evidencia, que la dación de una suma correspondiente al mutuo (o en general, al contrato *qui re perficitur*) constituye una *numeratio pecuniae* (Zuzahlung) hecha

[15] Joaquín GARRIGUES, *Contratos bancarios*, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

credendi causa, o sea que funciona como elemento de formación del contrato. En resumen se quiere decir que en el mutuo, la entrega no se hace a título de ejecución de un contrato, anteriormente constituido *solventi causa*, sino que es ésta misma la generadora del contrato de mutuo».

«Al contrario, la entrega que sigue a la apertura de crédito es efectuada por definición a título de cumplimiento o ejecución de la misma apertura de crédito «solvendi causa» y no puede funcionar, por tanto, como elemento constitutivo de otro contrato. Aquí no se cumple mediante la constitución de un mutuo, sino que se da para cumplir la obligación de entregar, ya contraída».

«La apertura de crédito, que en su fase de cumplimiento, no da nunca origen a mutuos, no puede por tanto ser concebida como un contrato preliminar de un mutuo».[16]

Por otra parte, indica que, «Cuando de un contrato preliminar derivan varios contratos definitivos, todos éstos son del mismo tipo y no diversos entre sí. La naturaleza de estos contratos está ya anunciada en el contrato preliminar. Una promesa de venta da lugar a una o varias ventas, y una promesa de mutuo a uno o varios préstamos. Por el contrario, la apertura de crédito tiene un contenido que no reaparece nunca en los supuestos contratos definitivos».[17]

Una tercera posición sobre la naturaleza del contrato se produce por exclusión de los dos anteriores, basándose en que el contrato de apertura de crédito no se perfecciona por la entrega del dinero, sino por el simple acuerdo de las partes, y se afirma su carácter de contrato definitivo. En suma, señala Garrigues, el contrato que nos ocupa es un contrato consensual, principal, bilateral y atípico, cuyo objeto consiste en atribuir al acreditado una variada disponibilidad sobre los fondos del banco.[18] Esta disponibilidad es, para muchos autores, algo similar a un derecho de crédito, ya que el acreditado no es propietario de la suma, pero lo será en un futuro dentro del «iter» de cumplimiento del contrato. Por otra parte, el banco no puede liberarse de su obligación, sino hasta que, por medio de sus actos de disposición, el acreditado disponga del capital en cuestión. Estos casos representan actos de ejecución del precedente contrato de apertura de crédito *solvendi causa*. Desde este punto de vista se considera que los posteriores actos de disposición no son contratos independientes, sino simples actos de ejecución del contrato de apertura de crédito preexistente, lo que, unido a su bilateralidad, hace que

---

[16] Francesco MESSINEO, *Operaciones de bolsa y de banca. Estudios jurídicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, pp. 310 y 311, y del mismo autor el artículo «Contenido y caracteres jurídicos de la apertura de crédito», publicado por primera vez en *Riv. Dir. Comm*, I, 1925, p. 118 y *ss.*

[17] Francesco MESSINEO, «Contenuto e caratteri giuridici dell» apertura di credito bancario», en *Riv. Dir. Comm*, I, 1925, p.145.

[18] Joaquín GARRIGUES, *Contratos bancarios*, *op. cit.*, p. 195.

esta figura tenga, según la doctrina mercantil más autorizada, naturaleza jurídica propia y distinta de otras figuras bancarias.

4.3. El contrato de préstamo y la apertura de crédito en cuenta corriente en la legislación peruana

En lo que se refiere al préstamo de dinero, denominado mutuo, actualmente se encuentra regulado en los artículos 1648 al 1665 del Código Civil, el mismo que al derogar los artículos 305 al 314 del Código de Comercio, unifica este contrato.

El Código Civil de 1984 se aparta de la definición del mutuo que contenía el Código Civil de 1936. De acuerdo con el artículo 1648,[19] este contrato ha dejado de ser real y unilateral para convertirse en consensual y de prestaciones recíprocas. Sobre el particular, Max Arias-Schreiber comenta que, «Interesa señalar ahora que la entrega ya no se confunde con la existencia del contrato, para pasar a ser la obligación fundamental que asume el mutuante.[20]

En cuanto a que es de prestaciones recíprocas o correlativas, indica que el mutuante asume la obligación de entregar el dinero o el bien consumible que presta, mientras que el mutuatario se encuentra sujeto, a su vez, a efectuar la restitución dentro de las condiciones propias de la naturaleza de este contrato.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1653,[21] las partes pueden concertar el contrato de préstamo antes de la entrega de la cosa.

Sin embargo, de acuerdo con Arias-Schreiber, este contrato no sustituye la apertura de crédito en cuenta corriente, así señala: «Esto no significa, por lo demás, que se haya suprimido la apertura de crédito en cuenta corriente, que para varios tratadistas es una especie de mutuo comercial».[22]

El Código de Comercio no trata en forma específica de la figura de la apertura de cuenta corriente bancaria. La Exposición de Motivos de la Sección Décima Cuarta de dicho código titulada del Contrato de Cuenta Corriente Mercantil y Bancaria, señala; «El contrato de cuenta corriente, según esto, no debe confundirse: ni con la apertura de crédito en cuenta corriente, ni con la imposición en metálico en cuenta corriente».

---

[19] Artículo 1648. «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio deque le devuelvan otras de la misma especie, calidad o cantidad».

[20] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exposición de Motivos y Comentarios. Mutuo*, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Parte III, Ocurra Editores, Lima, 1985, p. 318.

[21] Artículo 1653.- «El mutuante está obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato».

[22] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 314.

«La circunstancia de figurar un nombre común –cuenta corriente– ha sido, seguramente, origen de fatales incertidumbres de insolubles contradicciones».

«La apertura de crédito en cuenta corriente es, por su esencia, un préstamo que se verifica cuando una persona, por lo general un banquero, suministra a otro, con garantía, o sin ella, dinero a interés, obligándose a devolverlo con los réditos y derechos de comisión pactados por aquel servicio».

«La imposición en metálico en cuenta corriente reviste otra clase de caracteres, es un depósito irregular».[23]

La apertura de cuenta corriente se confundía en el Código de Comercio con el contrato de préstamo, no distinguiéndose ésta de aquélla.

4.4. Situación de los contratos de créditos sindicados o eurocréditos.

Describiendo brevemente las etapas que conducen a la disposición del capital al acreditado, se debe señalar en primer lugar el compromiso de los bancos a desembolsar dentro de un período determinado la parte del crédito que han asumido a favor de la entidad que pretende recibir el capital.

Para tal efecto el acreditado notificaría al banco, que actúa como agente, a fin de que éste solicite a los bancos que pongan a disposición, en una cuenta del agente, la parte que ha sido materia de su compromiso, procediendo éste a debitar la cuenta y a abonar en la cuenta del acreditado los referidos fondos.

Estos aspectos mencionados tienen una mayor complejidad, los mismos que se detallan en las cláusulas del contrato, como es la situación que se presenta si uno de los bancos no cumple con sus compromisos; el cumplimiento por parte del acreditado de condiciones previas para que proceda el desembolso; el carácter irrevocable de la orden de desembolso dada por el acreditado; las indemnizaciones que éste deberá pagar a los bancos si dada la orden de desembolso no puede cumplir con las condiciones previas exigidas para hacerlo efectivo entre el plazo que media entre la solicitud del desembolso y la entrega de los fondos.

En este sentido, lo que parecería ser una relación simple consistente en la posibilidad de recibir fondos por parte del acreditante en unos plazos fijados, y, una vez recibidos, el compromiso pactado en el contrato de devolverlos a unos plazos más largos, adicionándose el pago de los intereses pactados, reviste un sistema obligacional complicado.

Gómez-Rey, argumentando la razón por la cual este contrato corresponde al de la apertura de crédito, señala que: «En otro caso sería imposible explicar de una forma satisfactoria el entramado de relaciones que en este contrato se produ-

---

[23] Manuel GARCÍA CALDERÓN K., *Código de Comercio*, Imprenta de la UNMSM, 1967, p. 298.

cen entre las partes, y que se prolonga a lo largo de toda la vigencia del mismo. En consecuencia, no podemos sino adoptar para el contrato que venimos analizando la naturaleza de contrato de crédito, opción no sólo terminológica, sino también de fondo material, al estimar como independiente la figura del contrato de apertura de crédito bancario».[24]

Desde un punto de vista terminológico se utilizan las expresiones indistintamente de contratos de eurocréditos o eurodivisas, y de préstamos sindicados.

5. PARTICIPACIÓN DE LOS BANCOS EN LOS CONTRATOS DEL EURODÓLAR

El crédito puede ser efectuado por un solo banco o por un grupo de ellos. Este último caso dará lugar a los créditos sindicados donde un banco o grupo de bancos asume el papel de gestores del sindicato a quienes se les denomina «bancos gerentes», los cuales inician las negociaciones con el futuro prestatario acreditado.

Además se designará a un banco que actuará como agente, existiendo también los bancos suscriptores o participantes, quienes intervendrán aportando recursos que serán materia del crédito.

5.1 Bancos gerentes, banco agente y bancos participantes

Los bancos gerentes realizan una venta del crédito entre otras instituciones financieras del mercado a efectos de que participen en la operación mediante el aporte de recursos. El interés que pueda tener una institución en participar dependerá de varios factores, como la política crediticia que siguen, los riesgos, a asumir los intereses y comisiones que percibirá, la liquidez, etc.

La sindicación significa que los bancos comparten el riesgo del repago. Por otra parte, el crédito sindicado consiste en un número de créditos individuales para un mismo acreditado, que se juntan desde un punto de vista administrativo. Con muy pocas excepciones, ha sido siempre la regla que los participantes no son responsables solidarios por el incumplimiento de uno de ellos.

Por regla general, uno de estos bancos gestores o líderes es designado como agente y tiene la responsabilidad de administrar el crédito, de solicitar los aportes de cada banco participante a efecto de realizar los desembolsos, de recibir los pagos y distribuirlos de acuerdo a la participación de cada uno de ellos. Dentro del sindicato, es también responsable que se cumpla el acuerdo de préstamo según sus términos. Los llamados gestores reciben el pago de una comisión y el agente de un honorario; ha llegado a ser práctica que parte de esta comisión se reparta con otros bancos para inducirlos a participar.

---

[24] Fernando Javier GÓMEZ-REY, *op. cit.*, p. 38.

Los bancos participantes en el sindicato que aportan el capital a la operación se comprometen a acreditar la disponibilidad, en cierto plazo, de una suma de dinero, y tienen el derecho al cobro proporcional a su aportación del principal y de los intereses del capital.

Se señala que los objetivos de un sindicato bancarios son, por regla general, los siguientes: 1) Proveer servicios bancarios en el mercado del eurodólar en una escala sustancial; 2) Compartir los costos; 3) Compartir riesgos; 4) Ganar experiencia, y 5) Obtener ganancias.

En estos créditos sindicados la participación de los bancos puede tener diferentes niveles: los bancos directores o líderes (*lead managers*), que son los miembros más destacados del sindicato bancario, bien sea por el monto de sus aportes o su prestigio en el mercado internacional, son los encargados de estructurar la operación.

El segundo nivel dentro del sindicato es el que corresponde a los bancos gerentes o gestores (*managers*), que intervienen con este título cuando no existen bancos líderes y los aportes que realizan son menores que los anteriores.

Un tercer nivel corresponde a los bancos cogerentes o cogestores (*co-managers*), que comparten las funciones con los niveles anteriores, siendo su aporte pecuniario menor que las de las categorías precedentes.

Y finalmente los participantes, nombre que reciben los demás bancos que intervienen aportando los recursos que constituirán el crédito a otorgarse.

El banco agente, que por regla general es uno de los bancos gestores o líderes, tiene la responsabilidad de administrar el crédito, de solicitar los aportes de cada banco participante a efectos de realizar los desembolsos, de recibir los pagos y distribuirlos de acuerdo a la participación de cada uno de ellos. Dentro del sindicato, es también responsable que se cumpla el acuerdo de préstamo según sus términos.

5.2 Bancos de la referencia

Los bancos de la referencia son aquellas entidades bancarias que se citan expresamente en el contrato y cuya tasa de interés se toma como indicativo para determinar el interés del crédito que se otorga. Cuando se trata de créditos sindicados, por regla general se designa para esa función tres bancos, siendo éstas entidades que gozan de prestigio en el Mercado Internacional de Capitales y por regla general por lo menos alguno de ellos tiene la calidad de agente o gestores en el crédito sindicado; si la cotización del interés de los bancos de la referencia no es igual, se fijará el tipo de interés promedio, aunque hay que indicar que entre los bancos de primera clase que operan en este mercado no se presentan variaciones significativas entre sus tipos de interés: la designación de estos bancos se acordará entre el acreditado y los bancos.

5.3 Relaciones entre los bancos participantes

Habiendo determinado que el contrato de eurocrédito se presenta como un contrato de apertura de crédito bancario, surge el problema de considerar la naturaleza de las relaciones que guardan entre sí los varios acreditantes o acreditados.

En el caso de los acreditantes (ya que por regla general el acreditado es uno sólo), éstos celebran un convenio en el cual se comprometen a suscribir el contrato de crédito bancario, designan al agente, autorizándolo a ejercer los poderes y derechos, tomar acciones en su representación, asumir la obligación de proporcionar a los participantes la información de carácter financiero a que por regla general, de acuerdo con el contrato de crédito, deberá entregar el acreditado al agente. Asimismo, se incluye en el convenio aspectos referentes a las comunicaciones y reuniones, a las acciones a tomarse, en el caso de incumplimiento, cambio de agente, etc.

En relación con este aspecto,[25] se señala que la doctrina alemana ha estudiado con profundidad el tema. Este pacto previo encuentra su realización en los denominados contratos consorciales, es decir, aquellos que conceden una participación en un contrato de crédito posterior. Este contrato no es en sí un contrato de crédito, sino que contiene sólo unas convenciones entre varios acreedores acerca de su relación derecho-deber con respecto a una operación posterior que se ha de conceder en común a un tercero.

La existencia de un fin común en el contrato consorcial es lo que hace que muchos ordenamientos le otorguen naturaleza de contrato de sociedad (párrafo 705 a 740 del BGB alemán).

En los contratos de eurocrédito el capital debe ser aportado por los contratantes en la proporción establecida con arreglo a su compromiso, y frente al tercero dicha colectividad aparece considerada en conjunto; para regular sus relaciones los distintos acreedores efectúan un contrato por escrito en el que se obligan a la concesión colectiva de un crédito y acuerdan unas normas reguladoras de la situación consorcial. Cada uno de los entes asociados aporta una cantidad al patrimonio del consorcio, que a su vez se pone, en un momento posterior, a disposición del acreditado. El patrimonio del consorcio está separado del patrimonio de cada uno de los entes consorciados y su estructura relacional corresponde a una mancomunidad.

Podría plantearse que este crédito colectivo se puede clasificar entre el grupo de las relaciones mancomunadas. La mancomunidad, se señala, es una estructura que conlleva en el campo obligacional la existencia de partes diferenciadas entre

[25] Véase Arwed KOCH, *El crédito en el derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pp. 251-263.

los distintos acreedores, pero necesitándose, para el cumplimiento de la obligación, una actuación conjunta y simultánea de todos ellos. En consecuencia, el cumplimiento separado, de su parte, por cada uno de los acreedores, no representan un cumplimiento total de la obligación, porque dicha obligación se presenta de una forma colectiva frente a la otra parte.

Sin embargo, dentro de la mecánica del contrato de eurocrédito, no se encuadraría propiamente dentro de la figura de la mancomunidad, al presentarse en estos contratos cesiones de la participación de las entidades acreditantes, así como la posibilidad de que se produzca un cumplimiento separado por parte de algunas de las entidades bancarias acreditantes, sin que ello pueda implicar un incumplimiento global de las condiciones de la operación. Por otra parte, en estos contratos se establece que cada banco es responsable por la parte que se ha comprometido a aportar y que el incumplimiento de uno de ellos no da lugar que el contrato se rescinda. En ese sentido, señala Gómez-Rey que las operaciones de eurocrédito que implican un contrato previo de asociación se nos presenta, siguiendo la línea doctrinal que venimos considerando de la civilística española, como operaciones parciales en las cuales las obligaciones se cumplen por los acreedores colectivos de forma separada, aún cuando la operación asocie a estos acreedores conjuntamente asignándoles una cuota de la misma; es decir, no es necesario el cumplimiento conjunto, sino que éste se realiza procuota.[26]

En la doctrina, el contrato de sindicación, suele enmarcarse en alguna de las siguientes figuras: a) Contrato de sociedad; y b) Contrato de cuentas en participación.

En lo que se refiere al contrato de sociedad, el principal obstáculo para considerar el sindicato bancario dentro de esta figura es la falta de personalidad jurídica. La línea doctrinal en el sentido de incluirlo parte del derecho alemán, donde el inconveniente se obvia al no existir personalidad jurídica para las sociedades civiles.

Tampoco se ajustaría al contrato de cuentas en participación, figura tratada en el artículo 235 de nuestro Código de Comercio, que establece que los contratos con el comerciante que lleve el nombre de la negociación, sólo tendrá acción contra él, y no contra los demás interesados, quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos. No es ésta la situación del contrato de sindicación, en el cual se permite normalmente la actuación de los bancos contra el tercero, aún cuando la dirección, desde el punto de vista económico de dicha actuación, la tenga el banco agente.

En consecuencia, se puede sostener el carácter atípico del contrato de sindicación, pero señalando la proximidad que, sobre todo en algunos ordenamientos, puede tener con las sociedades personalistas.

---

[26] Fernando Javier GÓMEZ-REY, *op. cit.*, p. 44.

5.4. Obligaciones del banco agente

El agente, que como se ha señalado es uno de los bancos gestores o líderes, contrae obligaciones frente a los demás bancos que participan en el contrato de crédito. Estas obligaciones se detallan en el contrato que vincula a los bancos entre sí, que se le ha venido llamando contrato de sindicación bancaria, así como en el contrato de crédito.

En el primero de los contratos mencionados los bancos proceden a nombrar al agente, otorgándole poderes para que actúe en su representación, así como distribuir información entre los participantes que el acreditado debe enviarle en cumplimiento de las cláusulas del contrato de crédito. Por otro lado, deberá efectuar labores administrativas como citar a las reuniones y dirigirlas, distribuir entre los bancos, de acuerdo a sus participaciones, los pagos que reciba del acreditado y, en general, vigilar que los términos del contrato se cumplan.

En lo que se refiere al contrato de crédito, las relaciones entre el agente y los bancos participantes se describen en una sección especial de dicho contrato, aunque el rol del agente empieza antes de la celebración del contrato con el análisis de la información financiera del acreditado, así como con la negociación del texto del contrato de crédito.

La sección que define estas relaciones comprende los deberes y responsabilidades del agente como representante de los acreditantes. La principal preocupación es la administración de préstamo durante su vigencia, tratándose, además, aspectos referentes a su nombramiento, renuncia, sustitución, facultades, etc.

Entre los aspectos que se pueden resaltar se encuentra que el agente no responde de los daños sufridos por los bancos acreditantes, siempre que estos daños no hayan sido causados por negligencia oculta del agente o sus empleados. Asimismo, sólo se responsabiliza de la información que recibe por parte del acreditado en tanto esta información sea la referida y contenida en el contrato de crédito suscrito.

Se establece además que el agente representa a los bancos acreditantes durante la vigencia del contrato, así como los bancos delegan en el agente su representación para ejercitar todo tipo de acciones contra el acreditado si éstas fueran procedentes y necesarias según el contrato.

El agente está obligado a notificar al acreditado la cuenta o cuentas bancarias en las que se realizarán los pagos en relación con el contrato procediendo a distribuir en forma inmediata a los bancos intervinientes en la operación las cantidades recibidas a prorrata de su participación en el crédito.

Los problemas que se plantearon en el pasado entre el banco agente y los participantes del sindicato llevaron a un mayor cuidado en la redacción de esta cláusula, buscándose una mayor protección para el agente.

Al respecto, el agente con carácter previo a la operación, por regla general, hace un estudio del acreditado (*placing memorandum*), que envía a las demás entidades acreditantes para su información. Desde el caso de la Naviera Colcotronis (1976), en que varios bancos norteamericanos reclamaron judicialmente contra el banco que les había invitado a participar en un eurocrédito, se planteó el problema de la responsabilidad del agente por alteración de datos del acreditado. El asunto se solucionó al margen de los tribunales, pero llevó en posteriores contratos a establecer cláusulas para proteger al agente frente a acciones de los otros participantes por razón de la información solicitada.

El banco agente asume en el contrato de sindicación bancaria diversas obligaciones, entre ellas la representación de los bancos participantes y la de cobrar al acreditado las sumas que adeuda.

En nuestro sistema jurídico esta figura se encuadraría dentro de la comisión mercantil que tratan los artículos 237 al 274 del Código de Comercio. El código no distingue, a manera de otras legislaciones, entre comisión y mandato. La comisión, se señala, viene a ser entonces, según nuestro ordenamiento comercial, la forma mercantil del mandato y una institución auxiliar del cambio.

Con respecto a la definición de la comisión mercantil que da el Código en su artículo 237,[27] Ulises Montoya M., comenta: «De lo expresado en el artículo 237 del Código se deduce que el mandato es mercantil si reúne dos requisitos: uno objetivo, o sea, que la comisión tenga por objeto un acto u operación de comercio, que en la mayoría de los casos se encuentra a la persona que, en las condiciones más favorables al comitente, concluya el negocio de comprar o vender en que consiste la comisión; y otro subjetivo, que sea comerciante ó agente mediador el comitente o el comisionista. Habría que agregar que la comisión no es contrato gratuito, como no lo es el mandado civil que se presume oneroso (art. 1791 CC), a diferencia de lo que ocurría en el Código de 1936, que lo presumía gratuito salvo pacto en contrario (art. 1635).[28]

6. LEY APLICABLE AL CONTRATO

Los contratos del eurocrédito contienen una cláusula que regula los aspectos referentes a la ley que se aplica al contrato y a las relaciones que de ésta se deriven.

Se parte de la base que las obligaciones provenientes de estos contratos son consideradas comerciales, y por consiguiente, sujetas a las disposiciones de las leyes comerciales.

---

[27] Artículo 237 del Código de Comercio: «Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o comisionistas».

[28] Ulises MONTOYA MANFREDI, *Derecho Comercial*, T. II, Editorial Cuzco, Lima, 1986, pp. 31 y 32.

Para algunos los más importantes en el caso de estos contratos de créditos internacionales es la determinación expresa de la ley que regirá el contrato, a efectos de evitar incertidumbres provenientes de la naturaleza internacional de estas transacciones, donde varios sistemas legales tienen conexión con la transacción, tales como la de los países de las partes que intervienen en el acuerdo, la de la moneda que se emplea, la del lugar del cumplimiento, etc.[29].

En la práctica interbancaria la ley que se aplica es la inglesa o la del Estado de Nueva York.

Las principales razones de la preferencia de estas layes por parte de los bancos es que ambos sistemas legales tienen un gran desarrollo en el campo de la actividad comercial y muchas de las cuestiones que surgen en relación con un convenio de crédito han sido resueltas por la ley o la jurisprudencia.

Otras razones que se pueden mencionar, según Pergam, se refieren a la posibilidad de futuros cambios en la ley. Los bancos se sienten más seguros, en el sentido que futuros cambios en la ley de Nueva York o Inglaterra no contendrán aspectos que afecten sus intereses y, finalmente, la interrelación que existe en determinar la ley y la jurisprudencia.[30]

Por otra parte, los argumentos por los cuales los acreditantes desean que el contrato de crédito sea regido por una ley diferente a la de los países en desarrollo se fundamenta, según Lester Nurick, en lo siguiente: a) el convenio comprende prácticas financieras y bancarias complicadas; los acreditantes quieren un cuerpo de leyes conocido y sofisticado para aplicarlo al contrato. En la opinión de este autor, las leyes de muchos países en desarrollo no alcanzan estos patrones; y b) más importantes los acreditantes no quieren correr el riesgo que el país acreditado pueda cambiar sus leyes después que el acuerdo haya sido firmado en una forma que cambiaría las obligaciones del acreditado bajo el convenio.[31]

7. CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN

Además de establecerse la ley aplicable en estos contratos, se determina él o los tribunales que tienen jurisdicción para resolver las disputas provenientes del contrato de crédito y para dar fuerza a sus términos.

---

[29] C. Armel CATES y Santiago ISERN-FELIÚ, «Governing Law and jurisdiction clauses en Euroloan agreements», en *International Financial Law Rewiew*, julio de 1983, p. 28.

[30] S. Albert PERGAM, «Eurocurrency Credits: Legal questions and documentation», en Nobert HORN (Editor), *Adaptation and renegotiation of contracts in International Trade and Finance*, Kluwer, 1985, p. 277.

[31] Lester NURICK, «Negotiation of Transnational Bank Loan Agreement entered into by developing country borrower: legal and other issues», en *Issues in Negotiating international Loan Agreements with Transnational Banks*, United Nations Centre on Transnational Corporations, ST/CTC/48. U.N., New York, 1983, p. 71.

Una de las jurisdicciones que se escoge es invariablemente la del tribunal del país cuya ley rige el contrato.

El propósito de la cláusula de determinación del *forum* es, en esencia, asegurar que se tiene acceso a los tribunales de cierta jurisdicción en el evento de incumplimiento o disputa que surja del contrato de crédito.

Los acreditantes buscarán una jurisdicción donde puedan, en forma clara y rápida, obtener una sentencia que puedan ejecutar. Frecuentemente, además del sometimiento a los tribunales del país cuya ley rige el contrato, se considera el sometimiento a otras jurisdicciones, siendo éstas, por regla general, las Cortes de Inglaterra, los tribunales tanto estatales como federales de Nueva York, y la jurisdicción donde se encuentran los activos del acreditado a efecto que la sentencia pueda ser contra sus bienes.

Aunque el acreditado, comenta Pergam, puede someterse a las jurisdicciones antes señaladas, una corte podría, sin embargo, rehusarse a conocer el caso sobre la base que no hay asunto materia de jurisdicción, o que el forum es inconveniente para las partes y que tratarlo sería una carga en los asuntos de la corte. Los acreditantes por lo general requieren que el prestatario renuncie a la defensa del *forum non conveniens*. Esta renuncia no significa que la corte no pueda invocar esta doctrina.[32]

8. INMUNIDAD SOBERANA Y LOS CONTRATOS DE EUROCRÉDITO

Los aspectos referentes a la ley aplicable y sometimiento a los diferentes tribunales del Estado, o entidades soberanas, trae como consecuencia, en los contratos en general donde éste participa, implicancias con la inmunidad soberana.

En las últimas décadas la ley y la práctica en el campo de la inmunidad soberana han evolucionado considerablemente. Anteriormente los gobiernos, y en menor medida sus agencias y organismos, estaban protegidos, por su inmunidad, de los procedimientos judiciales y de ejecución y no era de uso común incluir en los contratos de créditos con gobiernos la renuncia a dicha inmunidad. Bajo la ley y práctica actual los gobiernos, en términos generales, no gozan de esta inmunidad. Este cambio, señala Lester Nurick, ha resultado de dos factores: los cambios legales, especialmente en los Estados Unidos e Inglaterra, y la práctica actual, común, de incluir la renuncia de la inmunidad en los contratos de créditos sindicados. Así, en los Estados Unidos e Inglaterra, con limitadas excepciones, los gobiernos no son inmunes de juicio, sentencia y ejecución de sentencias provenientes de «actividades comerciales».[33]

---

[32] S. Albert PERGAM, *op. cit.*, p. 280.

[33] Lester NURICK, *op. cit.*, p. 72.

Históricamente, los Estados han sido sujetos privilegiados del Derecho Internacional. Este privilegio se ha basado en la llamada teoría de la inmunidad soberana, según la cual ningún Estado puede tener jurisdicción sobre otro, ya que este último también es soberano, y es precisamente la jurisdicción una de las manifestaciones más importantes de la soberanía.

Este aspecto de la inmunidad se remonta a la época cuando muchos Estados se encontraban gobernados por soberanos, quienes en el real sentido de la palabra personificaban al Estado (*L Etat, c´est moi*). En tal período el ejercicio de autoridad por parte de un soberano sobre otro inevitablemente indicaba o la superioridad de señorío o la actitud hostil de un igual. Las relaciones pacíficas entre los estados sólo podía ser afirmada sobre la base del respeto muto entre ellos.

Hall señalaba que «Cuando los Estados eran identificados con sus soberanos y sus relaciones tenían en gran medida un carácter individual, las relaciones de cortesía jugaban un papel destacado... Suponiendo que no se considerase relaciones de cortesía, la inmunidad aún sería requerida sobre la base de necesidades prácticas. Si una persona, estando en un Estado extranjero, fuese sujeto a esa jurisdicción, el interés de su propio Estado podría comprometerse rápidamente por las consecuencias de su posición».[34]

Antes del siglo veinte, difícilmente cualquier país en el mundo permitía a sus tribunales tomar en consideración acciones presentadas por un ciudadano contra un soberano extranjero. Este aspecto es ilustrado en el comentario que hace Lord Campbell en el proceso seguido ante los tribunales ingleses de *De Haber* v. *The Queen of Portugal* (1851) 17 Q.B. 171, 207: «citara un potentado extranjero en una corte local... es contrario a las leyes de las naciones y un insulto por el cual tiene derecho a ofenderse».

El desarrollo del comercio internacional en los últimos tiempos y, en general, de la actividad mercantil, así como la participación de los estados directamente a través de sus entes públicos en estos campos, sustituyendo en muchos casos la labor que realizaba anteriormente la iniciativa privada, trajo una modificación de la doctrina de la inmunidad absoluta a efectos que la teoría tuviese una relación más estrecha con la realidad, lo que ha llevado que se plantee en la contratación internacional, entre las entidades particulares y los entes soberanos, una cláusula que incluya la renuncia de éstos al privilegio de la inmunidad.

En este sentido, las relaciones de carácter comercial del Estado con personas privadas pueden traer como consecuencia que surjan litigios, los mismos que para su resolución se pueden presentar ante tribunales de países diferentes a los del Estado contratante. Lentamente la jurisprudencia de estos tribunales se ha apartado del concepto tradicional del Estado soberano, reflejando la tendencia en el énfasis a las excepciones de la inmunidad soberana.

---

[34] HALL, *International Law*, 7th. Ed. por Higgins, Oxford University Press, 1917, p. 337.

El aspecto restrictivo de la inmunidad aparece en Italia en 1886, en Bélgica en 1903, en Suiza en 1908, en Francia en 1929, en Austria en 1950, en los Estados Unidos en 1952 y en el Reino Unido en 1977.

Esta teoría restrictiva de la inmunidad con respecto a la jurisdicción sobre estados extranjeros y a la ejecución de sentencias ha sido codificada en varios países que siguen los principios del derecho consuetudinario, siendo los ejemplos más importantes el Acta del Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos de 1976, conocida como FSIA por la abreviatura del inglés «Foreign Sovereign Inmunities Act»; el Acta de Inmunidad del Reino Unido de 1978, conocida como SIA por la abreviatura del nombre inglés «State Inmunity Act»; y la Ley de Inmunidad canadiense de 1982 basada en la legislación del Reino Unido. Los países que siguen el sistema del Derecho Romano no tienen mayormente una legislación particular que gobierne estos aspectos; son los jueces que definen las situaciones, caso por caso.

En este sentido, muchos estados han adoptado en diferentes grados la teoría restrictiva de la inmunidad, la cual distingue una acción que proviene de una actividad comercial del Estado, como son: las transacciones que podrían ser realizadas por personas privadas en lugar del Estado (acto *iure gestionis*) y aquellas que conciernen al ejercicio de la autoridad soberana como son los actos gubernamentales (acto *iure imperii*). La doctrina restrictiva niega la inmunidad respecto a las disputas que provienen de la actividad comercial del Estado sobre la base que cuando un Estado es comerciante estará sujeto a las reglas del mercado.

8.1. La inmunidad soberana en el sistema legal británico

La legislación inglesa sobre la inmunidad soberana ha experimentado un cambio radical como resultado de la ley de inmunidad soberana de 1978. El principal propósito de la ley fue dar efecto en el Reino Unido a las disposiciones de la Convención Europea sobre la inmunidad del Estado, firmada en Basilea en 1972 bajo los auspicios del Consejo Europeo, que adopta la doctrina restrictiva de la inmunidad soberana y que ha estado en vigencia desde 1976. Esta concierne principalmente a un sistema por el cual los tribunales de cada Estado contratante estarán obligados a dar fuerza a ciertas sentencias emitidas contra un Estado contratante en los tribunales de otro Estado contratante. Por otra parte, se trataba de adecuar la legislación a la tenencia del Derecho Internacional sobre esta materia.

En forma general, esta ley adopta el punto de vista restrictivo de la inmunidad: (i) limitando la inmunidad cuando el Estado actúa comercialmente, (ii) reconociendo la distinción entre la inmunidad de juicio y la inmunidad de ejecución y (iii) reconociendo que las subdivisiones políticas y entidades del Estado son menos merecedoras del beneficio de la inmunidad que los mismos Estados.

La ley entró en vigencia el 22 de noviembre de 1978 y no se aplica a las transacciones celebradas, o al consentimiento de ejecuciones, antes de esa fecha.

El Parlamento fue persuadido por el argumento de que la legislación inglesa y los tribunales ingleses a menudo son escogidos sobre la base de su imparcialidad y respeto a los derechos adquiridos, y que esta reputación habría sufrido si se hubiese dado una legislación con carácter retrospectivo.

Antes de la dación del Acta, las Cortes ingleses eran uno de los pocos bastiones de la doctrina de la inmunidad soberana absoluta, excepto en relación con barcos de propiedad estatal usados para propósitos comerciales. Un soberano podía renunciar a su actividad estatal sólo ante la Corte. Cualquier renuncia contractual podía ser revocada. Los procedimientos de ejecución requerían la renuncia del soberano. Sin embargo, este punto de vista rígido fue erosionado por la decisión de la Corte de Apelaciones en el caso *Trentex Trading Corporation* v. *Central Bank of Nigeria* (1977) Q. B. 529.[35]

El plan adoptado por el Acta es, primero, confirmar la inmunidad del Estado y después establecer excepciones amplias a esa inmunidad. Entre las excepciones a la inmunidad de jurisdicción la ley señala: la sumisión, las transacciones comerciales, entendiéndose como tales cualquier contrato para el suministro de bienes y servicios, préstamos u otras transacciones para la provisión de financiamientos y cualquier garantía o indemnidad con respecto a dicha transacción, o de otra obligación financiera, y cualquier otra transacción que celebre el Estado que no sea dentro del ejercicio de su actividad soberana.

Entre otras causas de excepción se pueden considerar los procedimientos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones de un Estado a ser realizados en todo o en parte en el Reino Unido, procedimientos en los tribunales del Reino Unido referente a arbitraje acordado por el Estado, así como ciertas acciones contra barcos utilizados para propósitos comerciales.

Por otra parte, habría que señalar que en muchos casos tendrá que hacerse excepciones respecto a la inmunidad concerniente a los procedimientos de ejecución sobre las propiedades y activos del Estado que tiene en su propio territorio, lo que es un asunto separado de la doctrina de la inmunidad soberana, ya que ciertas propiedades y activos de un Estado no están sujetos a los procedimientos normales de ejecución.

---

[35] El demandante presentó una demanda contra el Banco Central de Nigeria con respecto a unas cartas de crédito emitidas por dicha entidad, cubriendo embarques de cemento los que serían usados en la construcción de cuarteles para el ejército. El Banco Central declinó responsabilidad por las cartas de crédito, y cuando fue demandado por las cortes de apelaciones, sostuvo que el Banco Central no tenía derecho en estas circunstancias a presentar dicha defensa. Una de las razones dadas fue que el Banco Central no era un brazo del Estado, y como consecuencia, no podía hacer suya la inmunidad. Otra razón fue que la transacción era comercial y no de naturaleza pública o gubernamental.

8.2. La inmunidad soberana en los Estados Unidos de América

La Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de 1976 de los Estados Unidos entró en vigor el 19 de enero de 1977 y es similar en muchos aspectos a la ley del Reino Unido.

El contenido de la doctrina de la inmunidad soberana se desarrolla en ese país a través de los fallos pronunciados en diferentes casos relacionados con estos aspectos. Los primeros fallos reconocieron la inmunidad absoluta del embargo de los barcos navales y de comercio de los estados extranjeros reconocidos y existentes. A partir de mediados del siglo XIX la Corte delegó en el Departamento de Estado la determinación de las inmunidades. En este sentido el Departamento podía «sugerir» a los tribunales que el Estado extranjero era inmune, cediendo las cortes generalmente a esta sugestión. En el año de 1952 el Departamento de Estado expuso el principio de la inmunidad restrictiva a través de la carta dirigida al Procurador General de los Estados Unidos por Jack B. Tate, Consejero Legal Suplente de dicho Departamento (conocida como «Tate Letter»), en la que indicaba que la «teoría restrictiva» regiría las determinaciones ejecutivas de la inmunidad soberana extranjera. Un Estado extranjero sería inmune respecto a actos soberanos o públicos (*iure imperii*) del Estado, pero no con respeto a actos privados (*iure gestionis*). La carta, por otra parte, no indicó la forma cómo se podía distinguir entre actos gubernamentales y actos privados.

La ley somete las determinaciones de la inmunidad exclusivamente a las Cortes. En este sentido proporciona una regla unitaria para determinar los reclamos de inmunidad soberana en las acciones legales en los Estados Unidos, eliminando por consiguiente el rol del Departamento de Estado en tales asuntos.

El plan general de la ley es establecer el principio general de la inmunidad, de jurisdicción y de ejecución de sentencia de un Estado extranjero, así como señalar excepciones a esta regla.

La FSIA codifica así la llamada teoría restrictiva de la inmunidad soberana, la que considera que si un Estado extranjero participa en una actividad comercial tiene que ser tratado para todos los fines como un comerciante con respecto a la jurisdicción.

El punto central del Acta es especificar las categorías de acciones por el cual un Estado extranjero no tiene derecho a reclamar la inmunidad soberana de jurisdicción de las cortes americanas que de otra manera se otorgaría a ese Estado.

Las disposiciones del Acta se refieren no solamente a los principios generales de la inmunidad soberana, sino también a la jurisdicción de los tribunales americanos relacionados con la soberanía, como es la capacidad de las cortes para decidir judicialmente un tipo particular de demanda relacionadas con asuntos sujetos a jurisdicción. Asimismo, se refiere a la forma de notificar al soberano, y a la inmunidad de ejecución de sentencia contra ciertos activos de éste, planteadas antes de que esta ocurra, en caso de embargo preventivo, o después.

Mientras el Acta emplea términos comunes para tratar los tres tipos de inmunidad: inmunidad de los asuntos materia de jurisdicción, personal y ejecución de sentencia, diferentes reglas considerando las renuncias y excepciones se aplican para la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

La FSIA permite a un Estado extranjero renunciar a su inmunidad soberana, la que puede ser en forma explícita o implícita. La renuncia explícita proviene de un tratado o de un acuerdo privado entre las partes. La FSIA no señala que constituye una renuncia implícita, los tribunales que han tratado este caso han tomado en consideración todos los hechos y circunstancias para determinar si en efecto ha renunciado a su inmunidad y han considerado que existe renuncia implícita, por ejemplo, cuando el Estado extranjero ha acordado someterse a arbitraje en otro país; asimismo, cuando presenta un escrito de defensa en un juicio sin invocar específicamente la defensa de la inmunidad soberana.

En lo que se refiere a la relación entre una renuncia implícita y el desarrollo de las actividades comerciales en los contratos de eurodivisas, Albert Pergam sostiene que aún sin una renuncia en el contrato, si es que al menos una parte de la negociación ha tenido lugar en Nueva York, realizándose los desembolsos y repagos en dicha ciudad, poca duda puede haber que la acción se basa en una actividad comercial desarrollada dentro de los Estados Unidos según el significado del Acta. La amplitud de los contactos de una transacción particular con Nueva York llega a ser especialmente importante en el caso de acreditantes que no son bancos americanos, desde que no es muy claro que un incumplimiento por el acreditado para pagar a tales bancos cree por sí un efecto directo en los Estados Unidos. En opinión del mencionado autor habría un asunto materia de jurisdicción, en el caso de un crédito por un banco extranjero, si allí hubiesen ciertos contactos críticos con Nueva York: desembolso, firma y designación de Nueva York como lugar de pago.[36]

Las excepciones de inmunidad de ejecución y embargo en el caso de una agencia u organismo de un Estado extranjero son más amplias que las que corresponden al Estado extranjero y, por lo tanto, se encuentran menos protegidas. Cualquier propiedad de la agencia u organismo puede ser embargada o ejecutada si está dedicada a actividades comerciales en los Estados Unidos y, en todo caso, si ha renunciado expresa o implícitamente a su inmunidad o la sentencia ser refiere a una demanda respecto a la cual la agencia u organismo no es inmune a la jurisdicción de los Estados Unidos, en virtud de los vínculos que menciona la sección 1605 de la FSIA, sea que la propiedad es o fue o no usada para la actividad en que se basa la demanda.

La FSIA define a un Estado extranjero como: Estado extranjero en sí mismo, a una subdivisión política de dicho Estado y a sus agencias u organismos,

[36] S. Albert PERGAM, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

entendiéndose a estos últimos como aquellas entidades jurídicas separadas cuya mayoría de acciones o títulos sean de propiedad de un Estado extranjero o de una de sus subdivisiones políticas.

Hay ciertos casos en que las agencias u organismos de los Estados extranjeros son tratados en el Acta en forma diferente al Estado extranjero en sí. Estos se refieren principalmente a la forma de notificación, a los daños de carácter penal y a la ejecución de sentencias.

El acta no define el término de actividad comercial. En su sección 1603 (d) indica que significa un curso regular de conducta comercial o una determinada transacción o acto comercial, y que el carácter comercial de la actividad será determinada por referencia a la naturaleza del curso de conducta o transacción o acto determinados, más bien que por referencia a sus fines. Los tribunales, en consecuencia, tienen una amplia discreción para determinar qué constituye actividad comercial. Estos casos y la historia legislativa del Acta indican qué actividades, tales como, las transacciones comerciales cumplidas en todo o en parte en los Estados Unidos, la importación y exportación de mercaderías, las deudas contraídas por un Estado extranjero según un contrato de préstamo negociado (en todo o en parte) o celebrado en los Estados Unidos, serán consideradas como «actividad comercial» dentro del significado del Acta. Asimismo, el pago en dólares americanos en los Estados Unidos es un factor a menudo considerado por los tribunales, aunque éste no es por sí mismo un factor decisivo.

Por otra parte, el Acta otorga un mayor grado de inmunidad en el caso de los embargos preventivos. Estas procederán únicamente si el Estado, agencia u organismo ha renunciado explícitamente a esta inmunidad y si el propósito del embargo es asegurar en forma satisfactoria el cumplimiento de una sentencia que ha sido o puede ser dictada contra dicho Estado o entidad de gobierno y no para obtener jurisdicción.

Los bancos centrales o autoridades monetarias tienen un trato especial, en forma similar a lo considerado en la ley inglesa, otorgándoseles una mayor protección contra los embargos. Bajo el Acta los activos de un Banco Central serán inmunes de embargo, a menos que el Banco Central autorice o su gobierno renuncie explícitamente a la inmunidad de embargo del banco.

8.3. Cláusula de renuncia a la inmunidad

En los contratos de eurocrédito la renuncia a la inmunidad soberana constituye una cláusula específica, sin embargo, este aspecto usualmente también se trata en la Sección del contrato denominada declaraciones o representaciones, la misma que está constituida por aseveraciones del acreditado soberano sobre diversos hechos. En una de las cláusulas de esta Sección se manifiesta que la suscripción y cumplimiento del contrato constituyen actos privados y comerciales en lugar de actos gubernamentales o públicos, que las obligaciones derivadas del contrato están

sujetas a las leyes civiles y comerciales y que, asimismo, las propiedades del ente soberano no gozan del derecho de inmunidad de jurisdicción, embargo y ejecución de sentencia.

La cláusula de renuncia a la inmunidad expresa, en primer lugar, la renuncia a la inmunidad soberana y que cualquier acción o litigio que se siga contra el Estado o sus activos no dará derecho a que se reclame ninguna inmunidad en relación a embargo preventivo, juicio o ejecución de sentencia. Aunque se admiten excepciones respecto de ciertos bienes, que las legislaciones de cada país señalan que por su carácter y naturaleza no pueden ser embargados ni ejecutados, como serían los bienes de dominio público, los que pertenecen a las entidades que prestan un servicio público, los bienes del Estado y en general todas aquellas propiedades exoneradas de embargo y ejecución por ley dentro del territorio de la República.

La falta de una cláusula de renuncia explícita a la inmunidad soberana no necesariamente significa que un acreditado o un garante no esté sujeto a los procedimientos legales bajo el contrato. Si el gobierno acuerda someterse a la jurisdicción de las cortes inglesas, según el Acta de Inmunidad Soberana de 1978, esta sumisión a la jurisdicción constituiría una renuncia a la inmunidad de procedimiento judicial, aunque no una renuncia a la ejecución de la sentencia. Similar situación ocurría en los Estados Unidos de acuerdo al Acta de Inmunidad Soberana Extranjera de 1976.

8.4. La inmunidad soberana y la doctrina del acto de Estado

Es conveniente señalar las diferencias existentes entre la doctrina de la inmunidad soberana y el Acto de Estado en la legislación americana e inglesa, en razón de que, como se ha expresado, la mayoría de los contratos de préstamos bancarios internacionales están regidos por una de estas legislaciones.

Las doctrinas del acto de Estado y de la inmunidad soberana, aunque se relacionan, difieren fundamentalmente en su enfoque y en su operación.

A diferencia de la inmunidad soberana, la cual es un asunto de jurisdicción, y puede ser invocada solamente por un Estado o una entidad de gobierno, la doctrina del acto de Estado es un asunto de justicia y puede ser invocado por una entidad privada o por una entidad gubernamental.

La inmunidad soberana acuerda a un demandado la excepción de juicio en virtud de su *status*. En cambio, la doctrina del acto de Estado no exceptúa a nadie del proceso ante los tribunales. La doctrina del acto de Estado señala a la corte qué ley deberá aplicar para cada caso. Al contrario de la doctrina del acto de Estado, la inmunidad soberana surge de la norma legislativa y limita la jurisdicción judicial negando a los jueces el poder de juzgar casos contra estados soberanos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos se ha abstenido de imponer o reafirmar una regla inflexible y cerrada acerca de qué clase de actividad constituye un

acto de Estado. La aproximación de la corte, caso por caso, deja mucho sin responder acerca de la doctrina. Esta no ha podido delinearse por la pluralidad de opiniones en los casos del *First National City Bank* v. *Banco Nacional de Cuba* y en *Alfred Dunhill of London, Inc.* v. *Republic of Cuba*.

9. LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO

El principio del acto de Estado tiene sus bases en el reconocimiento que una nación respetará los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra Nación, considerando ambas el Derecho Internacional y el derecho de sus propios ciudadanos. La doctrina tiene como fundamento la cortesía internacional (*comity*) y la separación de los poderes entre las ramas legislativas y ejecutivas. Los tribunales se abstienen de reconocer ciertos casos por razones de separación de poderes. Estos casos corresponden al Poder Ejecutivo en razón que pueden tener implicancias en su política de relaciones exteriores. Hay que tener presente, señala Dale Furnish, que «se trata de una doctrina voluntaria del Poder Judicial, que cede paso a pesar de su jurisdicción formal sobre el asunto. Dicha doctrina tiene primacía sobre la jurisdicción formal de los tribunales sobre el caso. En rigor, el tribunal toma control del asunto y después lo abandona. Es una doctrina de abstención tanto federal como estatal.[37]

Por otra parte, se indica que las cortes nacionales no pueden juzgar casos de acto de Estado porque el resolver conflictos internacionales exigiría a los tribunales nacionales desempeñar un papel más allá de su competencia y capacidad.

En lo que se refiere a la cortesía («comity») o el reconocimiento amistoso del derecho extranjero, ésta se aplica mayormente por las cortes sólo en casos de reciprocidad. Dicha doctrina, señala Furnish, no impone un límite obligatorio a la competencia judicial, como lo impone la doctrina del acto de Estado y la FSIA. Entra en forma discrecional, ofreciendo un parecer o consejo jurídico que los jueces estadounidenses pueden acatar aplicando el derecho extranjero sin tener ningún deber de hacerlo.[38]

9.1. La doctrina del acto de Estado en los Estados Unidos de América

El enunciado clásico de la doctrina del acto de Estado en el derecho americano se encuentra resuelto por la Corte Suprema en el caso *Underhill* v. *Hernández* (1897), en el que se admitió que: «Todo Estado soberano tiene que respetar la independencia de otro Estado soberano y las Cortes de un país no emitirán su juicio sobre los actos gubernamentales de otro país hecho dentro de su propio

---

[37] Dale FURNISH, «El Derecho Privado de los Estados Unidos frente a la deuda externa», en *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Nº 94, Lima, 1986, p. 95.

[38] *Id.*, p. 96.

territorio. La reparación de los daños y perjuicios sufridos en razón de tales actos tienen que obtenerse a través de los medios dispuestos al uso de los poderes soberanos entre sí.[39]

La fórmula de *Underhill* fue simple y sin calificaciones. Los actos de Estado realizados dentro de un territorio eran sacrosantos y totalmente inmunes del escrutinio por los tribunales de los Estados Unidos.[40]

Si la propiedad expropiada está localizada dentro de la jurisdicción del territorio del Estado expropiante al tiempo de la expropiación, entonces los tribunales de los Estados Unidos se adherirán firmemente a la doctrina del acto de Estado, pero sujeto a cierta excepciones. Las principales, señala Philip Wood,[41] son las siguientes: I) la excepción «Bernstein»,[42] que establece que un acto de Estado puede ser decidido judicialmente en los tribunales de los Estados Unidos si el Gobierno ha expresamente expuesto a los tribunales que la «aplicación de la doctrina del acto de Estado no anticipará el interés de la política exterior americana»; II) la excepción conocida como la «Enmienda Hickelooper» (que modifica la ley de asistencia de ayuda extranjera), que expresa que ningún tribunal de los Estados Unidos declinará de decidir judicialmente un reclamo de propiedad basada sobre una apropiación que se alega ha sido hecha por un Estado extranjero violando el Derecho Internacional. Esta enmienda fue aprobada por el Congreso como una reacción a la decisión de la Corte Suprema en el caso *Banco Nacional de Cuba* v. *Sabatino*;[43] III) la excepción de la «actividad comercial» que se aplica cuando la conducta de un Estado extranjero es de naturaleza

---

[39] Underhill. 168. U.S. 250. (1897).

[40] Manuel ANGULO. K y K Adrien WING, «Preliminary Observations on Proposed Amendments to the Foreign Sovering Inmunities Act of 1976; the Act of State Doctrine», Trabajo presentado en la XXV Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, Acapulco, Nov. de 1985, p. 5.

[41] Philip WOOD, *Law and practice of International Finance*, Sweet and Maxwell, Londres, 1980, pp. 4-67 y 4-68.

[42] *Bernstein* v. *N.V. Nederlandsche-Amenrikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F.2d 375 (2d. Cir. 1954). Se refiere a las circunstancias en que una c· e se inclinó a aplicar la doctrina del acto de Estado, pero el Poder Ejecutivo, a través del Depai tamento de Estado, urgió a la Corte que se abstenga de aplicar la doctrina y proceda en cambio con el examen de los aspectos legales derivados del acto de un soberano extranjero realizado dentro de su propio territorio.

[43] *Banco Nacional de Cuba* v. *Sabatino*, 276 U.S. 398 (1964). Se refiere a la expropiación de las haciendas azucareras en Cuba a principio de los años 60. Las partes expropiadas trataron de iniciar demandas contra el gobierno de Cuba en los juzgados federales, pero la Corte Suprema rechazo la posibilidad de ejercer su jurisdicción: «El Poder Judicial no examinará la validez de una expropiación (de propiedad) dentro de su propio territorio por un gobierno extranjero soberano... aun cuando la demanda alegue que la expropiación viola los usos y costumbres del Derecho Internacional Público».

comercial y privada;[44] IV) La excepción del tratado que se aplica cuando un tratado u otro acuerdo en forma clara expone los principios legales que controla.

En el caso de créditos bancarios, reclamo de deuda, el aspecto esencial es determinar dónde éstas se encuentran localizadas si están fuera de la jurisdicción legal del estado expropiante.

Cuando la acción del gobierno afecta propiedades intangibles, tales como deudas, el lugar de la propiedad determinará si el requerimiento territorial de la propiedad del acto de Estado se cumple. El «situs» de la deuda muchas veces es difícil de precisar, uno de los criterios es si el Estado extranjero está en una posición efectiva de ejecutar o recaudar la deuda. Por otro lado, para determinar el lugar del crédito se considera que debe tenerse en consideración factores tales como el lugar de pago, consentimiento a la jurisdicción y ley aplicable.

Estableciendo el lugar se aclarará si la disposición constituye un acto de Estado y si puede impedir a los acreedores americanos tener éxito en los juicios relacionados con deudas privadas declaradas impagas por derecho gubernamental.

Existen numerosas decisiones que tratan sobre este aspecto, entre las que se puede mencionar: *Pineiro* v. *Chase Manhattan Banck*, U.S. Corte Suprema; IBL Vol. 1, Issue 2, julio 1962; *The Chase Manhattan Bank S.A.* v. *Vishipco Line*, 660 F. 2d. 854 (2d Cir. 1981); *Weston Banking* v. *Turkiye Guaranti Bankasi*, AS, NYLJ, 29 de Noviembre de 1982 (Corte de Apelaciones);[45] *Libra Bank Limited* v. *Banco Nacional de Costa Rica*, 23 de Marzo de 1983, 570 F. Supp. 870 (S.D.N.Y. 1983), *Allied Bank International* v. *Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 73 F. 2d. 23 (2d Cir. 1984), cambiada por 757 F. 2d 516 (2da Cir. 1985).

Con posterioridad a la promulgación por México del control de cambios decretados en 1982 y a la nacionalización de los bancos mexicanos, se plantearon numerosos juicios en las cortes de los Estados Unidos relacionados con dicha

---

[44] *Alfred Dunhill of London, Inc.* v. *Republic of Cuba*, 425 U.S. 682 (1976). Dunhill ha llegado a ser conocida como la excepción comercial a la doctrina del acto de Estado. Cuando se estableció la excepción la Corto Suprema se refirió a la actividad comercial señalando que: «En sus capacidades comerciales, los gobiernos extranjeros no ejercen prerrogativas peculiares a los estados soberanos. Al contrario, ejercen únicamente los poderes que igualmente pueden ejercer los ciudadanos particulares».

[45] El caso trata de la ejecución por una entidad panameña contra un banco turco deudor de un pagaré cancelable en francos suizos en la ciudad de Nueva York. Según los términos del pagaré, el banco suizo había señalado su domicilio en la ciudad de Nueva York y aceptado la jurisdicción de las cortes de esa ciudad. Cuando el pagaré fue presentado para su pago el demandado rehusó pagarlo sobre la base que las regulaciones bancarias turcas existentes prohibían el pago de préstamos en francos suizos. La Corte concluyó que el acto de Estado no constituía una defensa a la acción del demandante, encontrando que la deuda podía igualmente ser ejecutada contra los activos del demandado en Nueva York o en Turquía, estando el lugar de la deuda en Nueva York.

medida[46]. Las demandas fueron planteadas por ciudadanos americanos que habían comprado certificado de depósitos en dólares americanos entre 1981 y 1982, emitido por los bancos mexicanos.

En 1982, en respuesta a la crisis económica, el gobierno mexicano estableció un control de cambios, decretando que todos los depósitos bancarios tenían que ser repagados a su vencimiento en la moneda nacional. Como resultado de estos decretos, los demandantes recibieron pesos al tipo de cambio libre, lo que significaba un perjuicio para los tenedores de los certificados. Debido a que el lugar de los certificados estaba en México, efectuándose, asimismo en este lugar su pago, las cortes determinaron que la doctrina del acto de Estado impedía el examen judicial de la demanda. Por otra parte, se sostuvo que la Enmienda Hickenlooper, que prohíbe a las Cortes de los Estados Unidos de valerse de la doctrina del acto de Estado en casos referentes a confiscaciones de propiedad en violación del derecho internacional, no era aplicable sobre la base que el acto del Estado que regula la moneda no es una confiscación o apropiación según el Derecho Internacional.

Se debe indicar que existen casos resueltos a nivel de cortes federales de circuito en los cuales se presentan discrepancias. Si el desarrollo del derecho sigue su trayectoria normal, señala Furnish, los conflictos jurisprudenciales entre los circuitos proliferarán hasta definir los puntos en desacuerdo. Después, la Corte Suprema, cumpliendo su función de Corte de Casación al estilo norteamericano, aceptará la apelación de un caso que utilizará para aclarar la aplicación de las doctrinas oscurecidas por las discrepancias entre las cortes de apelaciones[47]. El principio del derecho común de *stare decisis* determina que cuando la Corte ha decidido un caso aplicando principios legales a un conjunto de hechos se tendrá que mantener este principio y aplicarse a todos los casos posteriores de hechos similares, a menos que exista una razón poderosa para proceder de manera diferente.

Esta decisión constituye un precedente obligatorio en la misma Corte u otras Cortes de igual o menor nivel.

9.2. La doctrina del acto de Estado en el sistema legal británico

En lo que respecta a Inglaterra, se puede señalar el caso de *Luther* v. *Sagor* (1921) 3 K.B. 532, en el que Warrington L.J. opinó que «está bien establecido que la validez del acto de un gobierno soberano independiente, en relación con propiedades y personas dentro de su jurisdicción, no pueden ser cuestionadas

---

[46] Entre otros: *Braka* v. *Bancomer S.A.*, Nº 84-7626, slip op (2d. Cir 20 de Mayo de 1985), *Frankel* v. *Banco Nacional de México S.A.*, Nº 83-83-7543 (2d. Cir. 12 de Julio de 1983); *Callejo* v. *Bancomer*, 764 F. 2162 (9th. Cir. 6 de Enero de 1987).

[47] Dale FURNISH, *op. cit.*, p. 97.

en las cortes de este país».[48] Este caso trata sobre una expropiación de una propiedad tangible.

En lo que se refiere a la expropiación de intangibles tales como saldos acreedores bancarios y las utilidades de los préstamos, implica distinguir, señala Philip Wood, entre dos categorías de expropiación.[49]

Si la expropiación es un derecho que cambia la sustancia de la obligación en sí misma, como por ejemplo: imponer una moratoria en los pagos, restringir el pago de intereses, imponer un control de cambios o reducir la responsabilidad del deudor, entonces el asunto está regido por la ley aplicable, salvo excepciones.[50]

Por otra parte, si la expropiación no afecta la obligación en sí misma, pero transfiere el derecho de propiedad que se tiene en el préstamo o el depósito a un tercero, esto dependerá de la ley del lugar de la deuda (*lex situs*). Si la deuda se encuentra situada en el Estado expropiante, excepto en el caso de abuso notorio, ya sea de carácter penal o legislación discriminatoria, el tribunal inglés reconocerá la transferencia. Si la deuda se encuentra fuera del Estado expropiante, la expropiación no será reconocida por los tribunales ingleses.

En el caso de las cuentas corrientes, de acuerdo a la ley inglesa, la obligación del banco para pagar se cumple principalmente en la sucursal donde se tiene la cuenta.

10. EL DESARROLLO DEL MERCADO Y LAS MODIFICACIONES DE ALGUNAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS DE EUROCRÉDITO

El desarrollo de este mercado y las circunstancias que se han presentado han servido para que las cláusulas de los contratos de eurocrédito fueran materia de modificaciones y perfeccionamiento, tratando de recoger las experiencias pasadas.

La mecánica de los créditos renovables que permite convertir, tal como se ha expuesto, las operaciones de corto en largo plazo, se incorpora en los contratos del eurodólar, estableciéndose la forma de determinar la tasa de interés, contemplándose la situación que se presenta cuando los préstamos se otorgan por un grupo de bancos. Se designan en tal caso a un banco o algunos bancos (generalmente tres), cuya tasa o promedio de sus tasas, en este último caso constituirán la

---

[48] Citado por Philip WOOD, *op.cit.*, p. 4-61.

[49] *Id.*, op. cit., p. 4-64 y *ss.*

[50] Entre otros casos *Perry* v. *Equitable Life Assurence Society*, (1929) 45 TLR 4468; *National Bank of Greece and Athens* v. *Metliss*, (1958) AC 509, en el que una ley griega intento reducir la tasa de interés de bonos emitidos por un banco griego regidos por la ley inglesa, las cortes inglesas rehusaron reconocer la reducción desde que este no provenía de la ley que regía a los bonos.

denominada tasa básica que el acreditado tendrá que pagar a los acreditantes, conociéndose a estos bancos en el contrato como los bancos de la referencia.

Otras cláusulas que han sido materia de inclusión con el transcurso del tiempo son las conocidas con el nombre de cláusulas de ilegalidad y de desastre. La primera se refiere a un cambio en la ley aplicable que hace ilegal para cualquier acreditante continuar manteniendo su crédito; y la segunda, a que por causas que afectan al funcionamiento del mercado no se puede obtener la cotización de las tasas de interés por intermedio de los bancos de la referencia. En tal caso esta cláusula deberá referirse a circunstancias que afectan a todo el mercado y no a uno o a algunos de los bancos. La solución que se plantea en el contrato ante tales circunstancias, es que se cancele el crédito o establecer una tasa alternativa.

Si bien estas cláusulas no han sido materia de aplicación han existido circunstancias tales como la crisis que afectó al mercado en el año de 1974, debido a los problemas del Franklin National Bank, que en alguna oportunidad fue el 20avo. banco de los Estados Unidos y del Banco Herstatt de Colonia, donde se plantearon interrogantes sobre el futuro funcionamiento del mercado del euro-dólar y las posibilidades de su desaparición. Esta situación determinó que por un período corto de tiempo algunos bancos fueran excluidos del mercado del eurodólar, debiendo pagar, cuando tuvieron nuevamente la posibilidad de obtener depósitos, un premio sobre los intereses que pagaban las instituciones más grandes y mejor conocidas.

Las cláusulas referentes a las relaciones entre el agente y los demás bancos participantes tuvieron que ser materia de revisión por el caso mencionado de la Naviera Colcotronis (1978), en que varios bancos norteamericanos reclamaron judicialmente contra el banco que los había invitado a participar en un eurocrédito, planteándose el problema de la responsabilidad del agente por alteración de datos del prestatario. El problema se solucionó al margen de los tribunales, pero llevó, en posteriores contratos, a establecer cláusulas para proteger al agente frente a acciones de los otros participantes en el sindicato por razón de la información solicitada.

Otra cláusula que puede mencionarse en estos contratos, y que han evolucionado por circunstancias que han surgido en el mercado, es la referente a la distribución de los pagos.

En sus comienzos los contratos mencionaban una cláusula para asegurar que si los pagos del acreditado no eran distribuidos correctamente a prorrata, se harían ajustes para producir este resultado. Algunas veces se añadía un párrafo en el sentido que los pagos, al ser ajustados, incluirían ingresos provenientes de la compensación ejercida por un banco contra los depósitos que mantenía en sus cuentas el acreditado. La finalidad de la cláusula era que si alguno de los bancos participantes en el sindicato obtenía un pago correspondiente a la parte del crédito que había otorgado, dicho pago fuese repartido proporcionalmente con los otros bancos del

sindicato según sus participantes en el crédito otorgado. Esta cláusula atrajo la atención de los acreditantes cuando ocurre la crisis de Irán, debido a que un acreditado soberano se encontraba en incumplimiento a pesar de tener un monto significativo de activos alrededor del mundo en forma de depósitos bancarios. Como consecuencia, las compensaciones se efectuaron en las primeras horas del congelamiento, lo que determinó que los bancos que no habían podido compensar tratasen de ver si ellos podían participar de este beneficio obtenido por pocos bancos. Esta situación, por otra parte, obligó a las entidades iraníes a satisfacer los pagos directamente a aquellos bancos no norteamericanos que intervenían en la operación y no a través del agente, a efectos de evitar que parte de esos pagos fuesen a bancos norteamericanos.

El término y complejidad de esta cláusula creció rápidamente después de esta crisis. Situación que se acentúa cuando durante la Guerra de las Malvinas, en la que se efectúan pagos por parte de Argentina directamente a los bancos participantes en los sindicatos, excluyendo a los bancos ingleses.

Estas, entre otras circunstancias, han determinado la necesidad de modificaciones y precisiones en el texto de los contratos, ocasionando que éstos sean cada vez más voluminosos.

Capítulo XXVIII
CONTRATO DE PROJECT FINANCE

1. Definición. 2. Etapas. 3. *Business Operation Transfer* (BOT). 4. Riesgos. 5. Mecanismos del flujo de fondos. 6. Participantes. 6.1. Patrocinadores. 6.2. Prestamistas. 6.3. El Estado, proveedores y contratistas. 6.5. Compradores. 6.6. Banco fideicomisario. 6.7. Otros participantes. 7. Relaciones jurídicas. 7.1. Contrato de concesión. 7.2. Contrato de préstamo. 7.3. Acuerdo intercrediticio. 7.4. Acuerdo de fideicomiso. 7.5. Contrato de venta a largo plazo.

El excesivo endeudamiento de los países en desarrollo a fines de la década de los años setenta del siglo pasado, limitó su capacidad para la obtención de recursos en los mercados de capitales destinados a financiar la ejecución de proyectos a cargo del Estado. Ante esta situación, surgen nuevos esquemas financieros a efecto de canalizar recursos a proyectos productivos, poniéndose énfasis en una mejor garantía de pago, y una mayor participación de la actividad privada en sectores que anteriormente estaban a cargo del Estado.

Entre los factores que han permitido esta nueva forma de financiamiento, señala Barbier,[1] se encuentran: a) la necesidad de los gobiernos de reducir el endeudamiento del sector público y el déficit fiscal; b) la reducción drástica de los recursos destinados a la asistencia a los países en vías de desarrollo; y c) la existencia de una creciente desconfianza en la eficiencia de gestión del sector público en la industria y los servicios.

El *project finance* aparece como una alternativa de financiamiento de proyectos de inversión, basándose en el rendimiento económico del proyecto, de allí que

[1] Eduardo Antonio BARBIER, *op. cit.*, p. 202.

se requiera que la actividad sea rentable para generar los recursos que permitan el repago del crédito, diferenciándose del financiamiento para el desarrollo de proyectos de inversión donde el pago depende del patrimonio del prestatario. El aspecto sustancial en el *project finance* son los ingresos generados por el proyecto.

Desde el punto de vista del país receptor el *project finance* tiene la ventaja de preservar el acceso a los mercados internacionales de capitales por no usarse su crédito en estos mercados y no existir garantía soberana en relación con la financiación que se obtiene.

El esquema del *project finance* está destinado a financiar la ejecución de proyectos que requieren sumas importantes para su desarrollo, como es el caso de plantas eléctricas, gasoductos, oleoductos, vías de comunicación, explotaciones mineras, etc., pudiendo citarse entre estos el túnel bajo el Canal de la Mancha, el nuevo puente sobre el Bósforo, el puerto de Tokio, la extensión de los subterráneos del Bangkok y de Singapur, las centrales eléctricas de Turquía, Pakistán y Malasia, la línea férrea de alta velocidad del Estado de Florida, etc.

Entre los aspectos de interés de este esquema para las instituciones financieras, en particular los bancos comerciales privados, es el aislamiento de los prestamistas de las condiciones del país el cual de otra manera podría inhibirlos de participar en el proyecto.

1. DEFINICIÓN

El término *project finance*, señala Rendell,[2] tiene varios significados. Para algunos es prestar para un proyecto donde los prestamistas para otorgar el crédito consideran la capacidad crediticia de uno o más prestatarios. Dentro de este contexto, el suceso o fracaso del proyecto es importante pero no decisivo para el prestamista debido a que los prestatarios tiene otros activos y operaciones comerciales con las cuales puede pagar la deuda.

En un nivel diferente, continúa, *project finance* significa el préstamo para un proyecto donde el prestatario se ha establecido con el único propósito de financiar y operar un proyecto determinado, sin tener ningún otro activo. Es así que en un *project finance* puro los prestamistas son pagados solamente de los ingresos generados por el proyecto y la garantía son los activos del proyecto, sin embargo, en la práctica, desde que los prestamistas no esperan que su capital sea de riesgo, requieren mayores garantía de repago más allá del éxito o fracaso del proyecto.

En este sentido, el término *project finance* se usa generalmente para referirse a una estructura financiera en la cual la deuda, el capital de la empresa y otras fuentes crediticias se combinan para la construcción y operación o la refinanciación

---

[2] S. Robert RENDELL, *International project financing. International Financial Law*, Euromoney Publications Limited, Londres, 1980, p. 39.

de un proyecto en particular, en el que los prestamistas basan la evaluación del crédito a otorgarse en los ingresos del proyecto y otros flujos de caja que este pueda generar, así como en sus activos, mas que en los activos o el crédito de los patrocinadores del proyecto.[3]

Este concepto descriptivo del *project finance* ha sido sintetizado como «la técnica de financiación mediante la cual se proveen fondos para la concreción de un determinado emprendimiento o proyecto por parte de una unidad económica o empresa, la fuente primaria, pero no necesariamente única, de repago de los colocadores de fondos; es el *cash flow* (flujo de fondos) que generaría el emprendimiento luego del inicio de sus operaciones, y los activos de ese emprendimiento, en la extensión admitida por la ley aplicable, se utilizan como garantía o colateral en beneficio de los colocadores de fondos».[4]

En un *project finance*, por consiguiente, las condiciones del préstamo no se basan en el apoyo crediticio de los patrocinadores, a quienes se les conoce en inglés con el nombre de *sponsors*, o el valor de los activos físicos del proyecto. El riesgo se evalúa teniendo en cuenta los aspectos técnicos, económicos, comerciales, así como las proyecciones de caja del proyecto en lugar de la capacidad crediticia del prestatario.[5]

Sin embargo, debido la naturaleza de este tipo de financiación, la evaluación deberá comprender, además de los riesgos mencionados, aspectos de carácter legal, político y del medio ambiente.[6]

2. ETAPAS

Los recursos que se requieren para la ejecución del proyecto, dada su envergadura, son proporcionados por entidades financieras, requiriéndose previamente un análisis particular de la factibilidad del proyecto en razón que los recursos que se generen constituyen la fuente para el pago del financiamiento otorgado.

Se puede distinguir una primera etapa, de carácter preparatorio, la que tiene por finalidad demostrar que el proyecto es viable, a efectos de interesar a las instituciones financieras para que el otorgamiento de los recursos necesarios; para tal fin al proyecto se le evalúa considerando aspectos generales que conciernen al país como situación: macroeconómica, política, social, financiera, legislación

---

[3] The Law and Business of International Project Finance. Scott L. Hoffman. 2001. http://member.aol.com/ProjectFin/what.htm.

[4] Martín E. PAOLANTONIO, *Operaciones financieras internacionales*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 263.

[5] EUROMONEY, *Project Finance*, (Suplemento) Euromoney Publicaction, Londres, Agosto 1988, p. 2.

[6] *Id.*, p. 10.

aplicable, seguridad jurídica, así como los aspectos que en particular conciernen al proyecto, como: su viabilidad, aspecto técnico, flujo de fondos, costos, utilidades, inversión requerida, posibles fuentes de financiamiento, protección del medio ambiente.

La segunda etapa comprende la negociación del contrato de préstamo, en la que se requiere la coordinación de este con otros contratos a celebrarse para materializar el *project finance*, tales como los contratos de: concesión, ejecución de obra, suministro de equipos, compra de los productos o servicios proveniente del proyecto, cesión de los recursos en beneficio de los prestamistas. Estos acuerdos o contratos deberán concluirse a satisfacción de estos, a fin de suscribir el contrato de crédito, o proceder al desembolso del préstamo, ya que los mismos constituyen condiciones precedentes del contrato de préstamo.

3. BUSINESS OPERATION TRANSFER (BOT)

Las siglas BOT responden en inglés a *build, own and transfer*, y en castellano a: «construcción, operación y transferencia». Este constituye una nueva forma de *project finance* en la cual hay de por medio una concesión que otorga el Estado al promotor privado para construir y operar el proyecto por un plazo determinado, al término del cual se transferirá al Estado, por lo demás contiene todos los elementos del *project finance,* en este sentido el financiamiento que requiere el desarrollo del proyecto será pagado con cargo a los recursos que el mismo genere.

El concepto de BOT se desarrolla en Turquía a fines de la década de los setenta, teniendo como base preservar los *ratios* del servicio de la deuda dentro de ciertos límites referidos por la comunidad financiera internacional. Este esquema tuvo vigencia en los países en desarrollo hasta mediados de los años 80, siendo la más prominente innovación en esos años en relación con el *project financing*.

Los proyectos candidatos naturales para el financiamiento BOT son aquellos cuyos activos fijos pertenecen al Estado y cuyos ingresos le corresponden. Este modelo de BOT se desarrolla mejor en los proyectos de infraestructura tales como: vías de comunicación, sistemas de transporte rápido masivo, puentes, túneles, telecomunicaciones, puertos, planta eléctricas, plantas de tratamiento de desperdicios, donde hay el interés del gobierno que le sean transferidos.[7]

En contraste, en las áreas de petroquímica, minería, refinería, siderúrgica, planta de aluminio, lo que involucra venta de bienes o materias primas en los mercados internacionales, no son los mejores candidatos para el BOT. En este tipo de proyectos que esta relacionado con la empresa privada, existen capitales constituidos y no hay interés de transferirlos al gobierno.

---

[7] Richard NORTON, «Cash flow and carry project finance», Trade Finance & Banker Internacional, September, 1989, p. 35.

En el BOT se separa el derecho de la obtención de ingresos (bajo un acuerdo de concesión otorgado por el gobierno) de la propiedad de los activos fijos, los que usualmente permanecen en el gobierno.

Hay algunas situaciones particulares que se presentan con los proyectos a desarrollarse bajo este esquema, cuyo control no depende de la voluntad del operador, sino del gobierno, como es el caso de *project finance* tratándose de vías de comunicación, donde el gobierno es quien cobra y fija el peaje, asimismo, tratándose de plantas eléctricas, donde el gobierno puede ser el único comprador de la energía que genere el proyecto; además, tratándose de proyectos como los antes señalados, los ingresos se obtienen en moneda local, lo que es necesario tener presente cuando la financiación se ha otorgado en moneda extranjera, a efecto de protegerse contra las devaluaciones, y el impedimento de la remesa de divisas al exterior.

Vinculados al BOT, existen otros esquemas obligacionales, que pueden estar contenidos en contratos de distinta naturaleza como el BOOT (cuyas siglas significan: *built* (construir), *own* (propietario), *operate* (operar), *transfer* (transferir), el BOT y el BOOT), se utilizan como medios para otorgar en concesión bienes y servicios del Estado, especialmente en obras públicas de infraestructura.

Para algunos autores, nos dice Taquia Gutiérrez, estos esquemas o sistemas no constituyen por sí mismo un tipo de contrato con contenido propio, y por ello no es considerado incluso ni como contrato atípico. Otros autores consideran que posee todos los elementos para ser un contrato tipo, ya que tienen definidos todas sus obligaciones, derechos y atribuciones de las partes contratantes, no comparten limitarlo a ser un esquema de obligaciones cuyo continente (el tipo de contrato) puede variar.[8]

Estos esquemas están relacionados con los contratos de concesión; mediante la concesión, que constituye un acto administrativo, o un contrato administrativo otorga al particular el derecho al goce de una cosa o competencia propia de la administración, o también el acto administrativo que transfiere al particular potestades o facultades propias de la administración.

Estas actividades pertenecen al sector público, siendo el concepto «servicio público» el distintivo a la concesión, el cual se otorgará a un tercero en forma temporal para que la organice y haga funcionar.

En nuestra legislación las concesiones de contenido BOOT están básicamente dadas en el Texto Único Ordenado, de las normas con rango de ley, que regulan la entrega en concesiones al sector privado de las obras públicas, aprobado por D. S. Nº 059-96-PCM, y sus normas reglamentarias modificatorias y reglamentarias.

---

[8] Rossana Pilar TAQUÍA GUTIÉRREZ, «Los BOOT en los contratos del gas natural,» en *Agora. Revista de Derecho*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Años III-IV, Nº 3 y 4, julio 2000/julio 2004, Lima, p. 211.

4. RIESGOS

Como en toda financiación, existen factores que pueden constituir riesgos para el cumplimiento del contrato de préstamo celebrado. Los riesgos en esta clase de contratos son también aplicables al *project finance*, pero además se presentan riesgos de carácter particular que esta relacionado con esta clase de financiamiento.

Uno de los principales riesgos particulares del *project finance* es que la construcción del proyecto no se termine en el tiempo estimado o que el costo de la construcción exceda el presupuesto original, debido a costos no previstos o demoras, requiriéndose un financiamiento adicional, además del reajuste así como el reajuste del cronograma de vencimientos de la obligación. Debe tenerse presente que en esta clase de financiamiento lo esencial es que el flujo de fondos programado inicialmente se cumpla, ya que constituye la fuente de recursos para el pago del préstamo.

Igualmente las variaciones de los precios de los productos o servicios que genera el proyecto puede alterar el flujo de fondos originalmente previstos, para minimizar este riesgo en los contratos de venta a largo se incluye precios de soporte, o sea precios mínimos de compra de la producción del proyecto.

Por otra parte, en el caso de un *project finance* bajo el esquema del BOT, habrá siempre un respaldo del gobierno aunque este es limitado. Puede ocurrir que la empresa concesionaria no cumpla con la terminación del proyecto o que no lo opere en forma apropiada, lo que puede dar lugar a que el gobierno puede dar por terminado el acuerdo de concesión, asumiendo la dirección del proyecto o encargándosele a una nueva empresa concesionaria.

5. MECANISMO DEL FLUJO DE FONDOS

En el *project finance*, como se ha mencionado, el repago se basa en el flujo de los fondos que provienen del proyecto, los que ocupan un lugar central dentro de este esquema.

Por una parte se produce un flujo de fondos de los prestamistas a los prestatarios destinados a la ejecución del proyecto, y por la otra la venta de los bienes y servicios que el proyecto genera, cuyos recursos se destinan a cancelar la deuda.

A efecto de garantizar que los recursos generados por el proyecto se destinen al pago del financiamiento, se establece una cuenta en fideicomiso en la que los compradores depositan los recursos que genere el proyecto, procediendo con cargo a ella a cancelar las cuotas del financiamiento, y de existir saldo disponible, el mismo se transfiere al proyecto.

6. PARTICIPANTES

Entre los participantes que intervienen en el contrato de *project finance* en forma directa o indirecta se puede mencionar a los:

6.1. Patrocinadores

Los patrocinadores son quienes asumen la iniciativa del proyecto, son los que se encargan de organizar y promover el proyecto, para tal efecto constituyen una sociedad (*project company*) que los vincula, la que tiene a su cargo la obtención de las autorizaciones gubernamentales que se requieran y de obtener los recursos financieros necesarios para la ejecución del proyecto.

Cuando la complejidad o la magnitud del proyecto lo requiera, es posible la conformación de consorcios, *joint venture* u otras alianzas estratégicas, incluyendo, en algunos casos, a proveedores, contratistas y concedentes.

En cuanto a la creación de una entidad *ad hoc*, propietaria del proyecto, esta se identifica con la idea del «vehículo» del proyecto, el cual, además, suele ser el prestario del financiamiento.[9] Esta entidad asumirá una forma jurídica adaptada al derecho local del lugar del emprendimiento, como señala Eck, permitiendo la participación de inversores locales, públicos y privados. De igual modo, se favorece el otorgamiento de facilidades fiscales o las adaptaciones puramente políticas concedidas por el interés del país receptor del proyecto.[10]

6.2. Prestamistas

Por otra parte, teniendo en cuenta el monto de los recursos que se necesitan, los mismos son proporcionados por un grupo de bancos a través de lo que se conoce como sindicatos bancarios, cuya expresión jurídica está dada por el contrato denominado de crédito sindicado.

El contrato de crédito sindicado constituye el elemento central que vincula a los patrocinadores del proyecto, y además con otros contratos que integran el denominado sistema de *project finance*.

6.3. El Estado

Dada la magnitud de la inversión, se celebrará con el Estado convenios de garantías de inversiones, tratándose de un proyecto BOT, se requerirá además como condición previa, el acuerdo de concesión.

6.4. Proveedores y contratistas

Los proveedores y contratistas tienen relación con la construcción y equipamiento de la obra; el cumplimiento de los contratos de esta naturaleza dentro del cronograma de ejecución de la obra adquiere una particular importancia, ya

---

[9] Eduardo Antonio BARBIER, *op. cit.*, p. 208.

[10] Jean Pierre ECK, «Le financement de project», en *Revue de Jurisprudence Comerciale*, Nº 2, París, 1985, p. 59.

que la fecha de la puesta en marcha del proyecto determina la generación de recursos, lo que se vincula con el calendario de repago de los créditos.

6.5. Compradores

Según la naturaleza del proyecto, la producción que genere dará lugar a contratos de venta, a través de los cuales se acuerda la adquisición de dichos productos. De esta forma, se asegura el flujo de fondos previstos para repagar el crédito. Igualmente contratos de esta clase pueden pactarse tratándose de servicios, donde el compromiso corresponderá a los consumidores y usuarios.

6.6. Banco fideicomisario

La función del fideicomiso va a nacer en base a un acuerdo que para tal efecto celebre la empresa patrocinadora con una entidad bancaria a fin de que los ingresos por las ventas que generen los productos o servicios del proyecto se consideren en cuentas que se aperturan con tal finalidad, las que servirán para atender el servicio de la deuda.

6.7. Otros participantes

Como se ha mencionado, el financiamiento depende de la viabilidad y de las bondades del proyecto, en este sentido, requiriéndose su evaluación, necesitará de la participación, de técnicos, consultores, asesores financieros, asesores legales, calificadores de riesgo, quienes participan en la formación de opinión para la toma de decisiones.

7. RELACIONES JURÍDICAS

El *project finance* genera una compleja diversidad de relaciones jurídicas, que tiene como base un contrato de crédito de donde se derivan diversas situaciones que dan lugar a otros contratos vinculados entre sí.

Entre los principales documentos que requiere el entorno del *project financing* se puede mencionar los siguientes contratos: contrato de concesión, contrato de préstamo, acuerdo intercrediticio, contrato de construcción, contratos de ventas a largo plazo, acuerdo de cesión de recursos, acuerdo de inversiones, etc.

Dada la conexión entre los distintos contratos, algunos de los cuales condicionan la existencia y los efectos de otros, el contrato de financiación resume estas interrelaciones y las disciplinas (supuestos de incumplimiento, estableciendo condiciones resolutorias o suspensivas, movilizando garantías, etc.) En cualquier caso, tales previsiones deben ser apreciadas atendiendo sustancialmente al objeto y a la causa constitutiva del *project finance.*

Todos los convenios en una u otra forma tienen su importancia dentro de este esquema, sin embargo algunos de ellos tienen una mayor conexión con el contrato

de préstamo, entendiéndose desde el punto de vista de la posibilidad de su repago los que se exponen a continuación.

7.1. Contrato de concesión

El contrato de concesión se celebra entre la empresa promotora o concesionaria y el gobierno, a fin de establecer los derechos y obligaciones de las partes en relación con el proyecto a desarrollarse, estableciéndose el ámbito de actuación en que operará el titular del proyecto.

La empresa concesionaria concluye su existencia al término de la concesión, extinguiéndose sus derechos, los que serán transferidos al gobierno.

Los ingresos que se generan bajo el acuerdo de concesión constituyen la primera fuente de repago para los prestamistas, los que en el caso de proyectos de infraestructura están bajo el control del gobierno. Así, en el caso de un proyecto de carreteras donde por transitar habrá que pagar peaje, el gobierno u organismo gubernamental determinará el monto a pagarse; tratándose de una planta de electricidad, en algunos casos el gobierno se constituye en el único comprador, además de la potestad de fijar el precio de la tarifa eléctrica.

Este acuerdo de concesión, señala Rendell,[11] es la piedra fundamental de cualquier *proyect finance* internacional. Este provee los medios por el cual el país receptor otorga la exploración, desarrollo y los derechos de la producción a la empresa patrocinadora, asimismo establece la forma y monto a ser pagado por la empresa patrocinadora al país receptor y los lineamientos de operación del proyecto. En resumen, el marco legal esencial del proyecto lo constituye el acuerdo de concesión, aunque los prestamistas raramente tienen la oportunidad de participar en la negociación del mencionado acuerdo.

7.2. Contrato de préstamo

En cuanto al contrato de préstamo destinado a la financiación del proyecto, el mismo no difiere en sus aspectos básicos del contrato de préstamo que se otorga mediante financiaciones bancarias, el que comprende aspectos como, el desembolso del crédito, condiciones financieras, penalidades por falta de pago, declaraciones, obligación de mantener ciertas situaciones durante la vida del préstamo, casos de incumplimiento, sometimiento a leyes y tribunales extranjeros, renuncia a la inmunidad para el caso del Estado, aspectos impositivos, obligación de cubrir los mayores costos del proyecto por parte del prestatario, etc.

Sin embargo hay ciertos aspectos particulares que se consideran dentro del contrato de préstamo tratándose del *project finance,* como aquellos referentes al

[11] S. Robert RENDELL, *op. cit.*, p. 43.

flujo de fondos del proyecto, que constituye la principal fuente de reembolso de los prestamistas, la terminación del proyecto en el tiempo estimado, así como su operatividad, la entrega de informes, estudios de ingeniería, ambientales, de factibilidad, que demuestren el cumplimiento de las normas y la factibilidad del proyecto.

Es así que un aspecto importante es determinar con certeza la fecha en que el proyecto entrará en operación, teniendo presente que el préstamo ha sido desembolsado e invertido en el desarrollo del proyecto, ya que este debe pagarse con cargo a los ingresos proveniente de la producción, asimismo se requiere la seguridad que al entrar en operación el proyecto alcance las metas de producción estimada.

A fin de minimizar los riesgos, el desembolso del préstamo estará condicionado al avance de las etapas del proyecto, la presentación de informes periódicos y las inspecciones que los prestamistas crean necesarias.

Además los prestamistas podrán solicitar que el prestatario observe los contratos celebrados que tengan relación con el proyecto, como son los contratos de construcción, de suministro, de compra firme o producción; así, cualquier modificación que se quisiera hacer requiere el consentimiento de los prestamistas, pudiendo constituir la falta de observancia eventos de incumplimiento.

En lo que se refiere a los casos de incumplimiento, además de los usuales, como puede ser la falta de pago del servicio de la deuda, falsedad de declaraciones, se incluyen los denominados vencimientos cruzados, provenientes de incumplimientos de los otros contratos vinculados con los contratos celebrados para poder realizar el proyecto, como puede ser de los patrocinadores de los garantes, en caso de haberlos, contratos de compra a firme, así como los casos de insolvencia o quiebra.

Los eventos de incumplimiento que contiene el convenio de préstamo de un proyecto tienden a ser más extenso que en un préstamo convencional. La principal razón es la necesidad de definir aquellos eventos de incumplimiento específicamente relacionados con la operación del proyecto. Estos incluirían el fracaso para completar la construcción en una fecha determinada la abrogación o cancelación del acuerdo de concesión, la revocación de la aprobación del gobierno, incumplimiento de los acuerdos con terceros relacionados con el proyecto, además los compromisos de carácter restrictivos los cuales son usualmente impuestos en relación con la operación del proyecto y la situación financiera del prestatario.

7.3. Acuerdo intercrediticio

Debido a la complejidad del *project finance* y al número de prestamistas que participan otorgando una parte de los recursos a través del préstamo sindicado, es aconsejable que estos celebren un acuerdo intercrediticio que regule sus relaciones, teniendo presente que puede existir diferentes tipos de prestamistas con intereses divergentes en relación con el proyecto.

Por otra parte pueden presentarse inconsistencias en varios de los documentos vinculados con el préstamo, el que sólo puede ser precisado por un acuerdo entre los prestamistas. Finalmente, y lo más significativo, el acuerdo obliga a los prestamistas a que las acciones a tomarse deberán ser comunes, como puede ser el caso de la declaración de incumplimiento de las disposiciones contenidas en el contrato de préstamo, de esta manera se restringe la posibilidad que un prestamista en forma individual declare un evento de incumplimiento y requiera la aceleración del pago de préstamo. En este sentido nombran a un banco denominado «banco agente» para que actúe a nombre de ellos. El acuerdo también asegura que cualquier pago por servicio de la deuda lo comparta sobre una base proporcional.

7.4. Acuerdo de fideicomiso

En este esquema, donde la financiación se basa en el flujo de fondos que el proyecto genere para el repago de la deuda, los bancos prestamistas nombran un banco que actúa como fideicomisario (*Trustte Bank*) al que el vendedor le cede sus derechos para recibir pagos de un contrato de venta de sus productos a largo plazo; así, el comprador de los productos o servicios generados por el *project finance* efectúe los pagos en la cuenta que se apertura en dicho banco, quien a su vez, con cargo a esos recursos, procederá a efectuar la transferencia a los prestamistas, o al banco agente para la cancelación del servicio de la deuda. En el caso de existir algún excedente, este se devolverá a la entidad encargada de ejecutar el *project finance.*

El prestamista puede además requerir que se constituya una reserva en la cuenta en fideicomiso igual a uno o más pagos por servicio de la deuda antes que los fondos estén disponibles para ser remitido a los prestatarios.

En lo que se refiere a la cuenta en fideicomiso, esta se establece en un centro financiero fuera del país receptor, abonándose directamente y los pagos en moneda extranjera procedente de los contratos de largo plazo de acuerdo a los términos mismo. Entre los peligros o vulnerabilidad de contrato de cesión de recurso se presenta los eventos de caso fortuito o fuerza mayor o actos de intervención política. En esta situación, los prestamistas sólo podrán contar con los fondos que se han constituidos como reserva por el fideicomisario (*trustee*) y aquellos pagos pendientes de recibir de los compradores.

El acuerdo deberá tener una duración, que equivalga a la fecha del último pago del préstamo que está siendo asegurado por el acuerdo de cesión.

El contrato de crédito o el de garantía, como señala Barbier,[12] incluyen, por lo general, disposiciones que reglamentan el flujo de fondos en las diversas cuen-

[12] Eduardo Antonio BARBIER, *op. cit.*, p. 226.

tas de garantía, comenzando con una cuenta para ingresos hasta una cuenta operativa y, sucesivamente, a través de una cuenta de servicio de deuda, una de gastos de capital y otras de reserva, con la cuenta del prestatario al final. Este acuerdo se llama, con frecuencia, «catarata» o «cascada» de cuentas.

7.5. Contrato de ventas a largo plazo

El flujo de recursos hacia el banco fideicomisario está garantizado de una u otra manera por los contratos denominados *take or pay contract.* Mediante este contrato se establece una obligación a largo plazo por el cual los compradores de los productos o servicios provenientes del proyecto se obligan a realizar pagos periódicos y predeterminados durante la vida del proyecto. Los pagos deberán ser por un monto suficiente para atender el servicio de la deuda y cubrir los costos operativos del proyecto. La obligación del comprador es de carácter incondicional, lo que significa que dichos pagos deberán efectuarse aunque el producto o servicio no le sea entregado.

Estos contratos a largo plazo generalmente se utilizan en conexión con los proyectos mineros,[13] el comprador acuerda pagar por un nivel específico de producción sin considerar si el vendedor estará en capacidad para entregarlo. El precio del producto o servicio se basará en el del mercado, se estiman pagos mínimos para cumplir con los requerimientos del servicio de la deuda y los costos operativos del proyecto. Lo que distingue a los contratos *take or pay* de los contratos convencionales de ventas es la naturaleza incondicional de la obligación del comprador de hacer los pagos. Debido a esta característica los contratos *take or pay* pueden ser vistos como el equivalente de una garantía financiera por el comprador.

Otra modalidad similar al *take or pay contract* es el denominada *take and pay contract*, aunque sin la incondicionalidad del primero, de modo que los supuestos de fuerza mayor pueden ser opuestos por el obligado al pago.

Existe también el acuerdo denominado *through-put contract.* Estos acuerdos son empleados en los proyectos de petróleo y de gas, generalmente requiere el uso de un oleoducto o gaseoducto a efectos de transportar cierta cantidad mínima de gas o petróleo. La tarifa establecida debe ser la suficiente para cumplir con el servicio de la deuda y atender los costos operativos, esta tarifa deberá ser pagada por el usuario del servicio aun si el petróleo y el gas está disponible o la tubería no esta operativo. En este sentido, el *through-put contract* es similar al *take-or pay contract.*

[13] S. Robert RENDELL, *op. cit.*, p. 49.

Capítulo XXIX
CONTRATO DE SUMINISTRO

1. Orígenes y antecedentes. 2. Concepto y definición. 3. Naturaleza jurídica. 4. Diferencia con otros contratos. 5. Características del contrato de suministro. 6. Bienes objeto del contrato y contenido. 7. Derechos y obligaciones de las partes. 8. Cláusulas especiales: de preferencia, de exclusividad y de promoción. 9. El incumplimiento y la extinción del contrato.

1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES

Las raíces del contrato de suministro se encuentran en el Derecho Romano. Debido a su importancia ha venido creciendo sin cesar y en razón a las actividades productivas y el tráfico industrial. Existe evidencia que se practicó una forma de lo que hoy en día conocemos como contrato de suministro en la antigua Roma, por la cual se provisionaban víveres, armas y utensilios a los ejércitos o para la ejecución de obras públicas o la adquisición de bienes por el Estado.[1]

En la Edad Media se da un suministro entre particulares, siendo el inicio de su realización una práctica comercial o mercantil. Con el incremento de la producción y el tráfico industrial y comercial en la Edad Moderna, logra un desarrollo sostenible.

Sin embargo, a pesar de su utilización durante largo tiempo, es recién en la legislación civil rusa de 1923, luego en el Código Civil italiano de 1942, donde es legislado de manera autónoma.[2]

---

[1] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, «Suministro», en *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 173.

[2] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *El Contrato de Suministro*, Cultural Cuzco Editores, Lima 1988, p. 20.

El contrato de suministro no es nuevo, sin embargo es en las últimas décadas cuando recibe mayor acogida, sobre todo debido a la ampliación de la comercialización a escala, siendo en la actualidad uno de los contratos de trascendencia comercial.

El suministro fue un contrato largamente ignorado, pues fuera de lo que señalaba el Código Civil italiano y la legislación civil de la Unión Soviética, la doctrina generalmente la identificaba como un contrato de venta a plazos, sin embargo veremos que el suministro tiene sus propios matices y diferencias.

El desarrollo del suministro se encuentra en relación directa con la evolución de la empresa y su política de abastecerse de materias primas e insumos para formar *stocks* que aseguren los requerimientos de los clientes o consumidores y al mismo tiempo defender sus costos, por supuesto que podemos hablar también del suministro artesanal, vinculado a la satisfacción de necesidades de consumo, así se presentó originalmente.

En la actualidad los comerciantes y empresarios, y el público en general, realizan a diario contratos de suministros para satisfacer sus más variadas necesidades o alcanzar finalidades económicas de manera óptima y eficaz; así se contratan y sub-contratan insumos, componentes o servicios, abasteciéndose de estos con seguridad, ahorrando y racionalizando tiempo, recursos económicos y esfuerzo humano mediante la especialización en el trabajo. Esto es posible en razón de la competencia comercial, cambios en la utilización de capacidad instalada de las empresas, a las innovaciones en los canales de distribución, a la ampliación y diversificación de los mercados y fundamentalmente a las crecientes necesidades de una sociedad globalizada e interdependiente entre si.

2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Si describimos la etimología del suministro tenemos que proviene del vocablo latín *subministraere*, que quiere decir «sub» o «bajo», y *ministraere*, que quiere decir «servir», entendiendo que se trata de servir, o más modernamente, proveer de lo que se necesite. Sus orígenes se remontan a Roma, como hemos señalado, pero su desarrollo se dio en la Edad Media. Arias-Schreiber[3] nos señala que «durante largo tiempo ignorado legislativamente como contrato. Aparece por primera vez regulado en el código italiano de 1942, y en nuestro caso en el Código Civil de 1984».

Podemos definir este tipo de contrato como aquel en el cual opera una parte llamada suministrante, o suministrador, que se obliga a proveer a otra parte llamada suministrado bienes en forma periódica o continuada, a cambio de un precio determinado o determinable.

---

[3] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*

Este contrato se legisla en nuestros tiempos en razón a que los doctrinarios no fueron consensuales al definirlo y señalar su objeto, ya que en el hecho de definirlo va implícita una elección de casos que deriva a una toma de posición sobre la naturaleza jurídica del mismo. Esa falta de definición ha ocasionado que a este contrato se le confunda con contratos tales como el de la compraventa con el pago diferido o el contrato de obra.

Zavala Rodríguez[4] señala a su entender que el suministro es aquel por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra a medida que las necesidades lo requieran, por un precio invariable, no obstante sus oscilaciones en el mercado, las mercancías determinadas en el contrato, para que las consuma o las incorpore a otras, o las transforme a fin de fabricar otras mercaderías.

Castañeda[5] señala que el vendedor se obliga a proporcionarle al comprador, por el precio que acuerden, una cierta cantidad de mercancías que serán entregadas parcialmente a medida de las necesidades de la industria.

Eneccerus[6] conceptúa que es una compraventa genérica relativa a mercaderías que han de suministrarse en cantidad y tiempo determinado, o a determinar posteriormente, por ejemplo, según necesidades o según pedido a un precio fijado por unidad.

Messineo[7] señala que el suministro es el contrato por el cual una de las partes se obliga mediante un precio a ejecutar a favor de otras prestaciones periódicas o continuadas de cosas. Por este primer aspecto suele asignarse al suministro al grupo de los contratos de ejecución periódica o continuada. La periodicidad del suministro implica prestaciones que tengan lugar en fechas determinadas, la continuidad, prestaciones ininterrumpidas, pero la sustancia jurídica del contrato no cambia en uno u otro caso.

El contrato de suministro es cuando una parte se obliga a entregar o promete entregar a otra, en épocas fijadas de antemano, o por fijarse generalmente en diversos períodos y mediante el pago de un precio, a establecerse sobre uno o varios precios por unidades cosas en propiedad y eventualmente sólo para su uso o goce en cantidad o extensión conforme a las necesidades del cliente o la posibilidad de producción del proveedor u otras referencias similares por lo cual, siendo estas inciertas en su acaecimiento, de no ocurrir las obligaciones de ambas partes, no se cumplirán parcial o totalmente.

---

[4] Carlos ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio comentado*, T. II, Ed. Depalma, Buenos Aires 1969.

[5] Citado por Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *op. cit.*

[6] También citado por *id.*

[7] Francesco MESSINEO, *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa America, Buenos Aires, 1978.

Arias-Schreiber también nos señala que conceptualmente el suministro consiste en un acuerdo de voluntades destinado a la entrega de bienes materiales en forma de tracto sucesivo y contra el pago de un precio salvo, que se haya celebrado a título gratuito.

El suministro entonces resulta como un contrato bilateral de prestaciones reciprocas, oneroso; es sin duda el mas mercantil de los contratos regulado por nuestro ordenamiento civil de 1984. Su regulación debió haber sido coherente con la práctica y la función comercial de este contrato, que no es otra cosa que la entrega de bienes o la prestación de servicios en forma periódica o continuada siempre a cambio de un precio donde la excepción es que se celebre gratuitamente.

Nuestro Código Civil, sin embargo, al tratar sobre el suministro, no lo define sino que se remite a señalar su contenido y sus implicancias contractuales.[8]

En algunas legislaciones se pretende dar una definición a este contrato, así, en la legislación peruana, italiana y colombiana que se le considera como un contrato con autonomía propia.

El Código Civil peruano de 1984, a diferencia de su precedente, lo ha incorporado como un contrato nominado o típico, de ésta manera el legislador ha querido establecer reglas específicas de regulación a una modalidad de contratación que ha logrado una determinada homogeneidad en la vida económica, producto de repetidas conductas individuales de contratantes que buscan satisfacer una necesidad económica específica.

En efecto, el artículo 1604 del C.C. lo define como el contrato por el cual, « Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes».

De ésta definición se desprende que el objeto del contrato niega la posibilidad de prestar servicios en un contrato de suministro al no encontrarse expresamente recogido en el artículo 1604 del C.C.

Sin embargo, otros autores, entre ellos Muñiz Ziches, señala que las prestaciones periódicas o continuadas de bienes, «...se pueden referir a lo que nuestro código llama obligaciones de dar y obligaciones de hacer, las que a su vez pueden referirse a todo tipo de bienes, incluyéndose dentro de este concepto a los servicios».[9]

Asimismo señala que la norma en mención es más completa que el artículo 1636 del proyecto, debido a que éste se refería únicamente a «cosas» y señalaba como contraprestación «un precio» restringiendo al suministro únicamente a la

---

[8] Vease Código Civil peruano de 1984, art. 1608 y ss.

[9] Jorge MUÑIZ ZICHES, «El Contrato de Suministro», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, 1985, p. 47.

entrega periódica o continuada en propiedad de bienes muebles e inmuebles corporales dejando de lado la prestación de servicios.

Por consiguiente, dicho autor menciona que el artículo 1604 abre la posibilidad que el contrato de suministro pueda tener la prestación de todo tipo de bienes, incluyéndose dentro de este concepto a los servicios.

En este concepto definido por el Código Civil no se determina que las prestaciones sean a cambio de una contraprestación, por lo que se infiere que el contrato pueda ser gratuito también.

Con respecto a la definición contemplada en el artículo 1604 del Código Civil, el jurista Max Arias-Schreiber comenta lo siguiente: «... que el suministro es un contrato de prestaciones recíprocas y de tracto sucesivo, de ejecución periódica o continuada, que conduce a la traslación de dominio del objeto de la prestación si es consumible y que puede darse también la posibilidad de que sólo se proporcione un bien en uso o goce y que al finalizar el contrato sea devuelto a su dueño. Además, si bien ordinariamente se conviene a título oneroso, nada impide que se pacte gratuitamente –lo que no es normal– sin quedar por ello desnaturalizado.»[10]

En el Código Civil italiano el legislador lo define como: «el contrato por el cual una parte se obliga, mediante compensación de un precio, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas». Limitando el objeto del contrato la prestación periódica o continuada de cosas, dejando de lado la prestación de servicios, la cual es regulada dentro de la legislación italiana por una distinta forma de contrato denominada, «contrato de appalto» o «contrata».

Esta definición es similar a la expresada en el Código Civil peruano, especialmente al contemplar sólo el suministro de cosas o de bienes. En el caso italiano el contrato de servicios está considerado como un contrato distinto llamado «appalto», definido en el artículo 1655 del Código Civil italiano como el «contrato por el cual una parte asume, con organización de los medios necesarios y, con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o de un servicio mediante una compensación en dinero». Según opinión de Baquero Sarmiento, la diferencia con el contrato de suministro radica en que la periodicidad y continuidad no es la característica esencial del contrato de servicios, «pues en ésta la prestación es un resultado determinado, que aunque requiere tiempo para su realización, ese elemento tiempo a lo que se refiere es a la producción del resultado y no a la ejecución del contrato».[11]

El Código de Comercio colombiano se aparta de la legislación italiana y define al contrato de suministro (art. 968) como «el contrato por el cual una parte se

---

[10] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, *op. cit.*, p.183.

[11] Ángela María, BAQUERO SARMIENTO, *El Contrato de Suministro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1988, p. 18.

obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o de servicios». Incluyendo específicamente como objeto de la prestación la realización de servicios. De la definición misma se desprende que la diferencia con los códigos italiano y peruano radica en que se contempla como objeto del suministro tanto a las cosas como a los servicios.

El Código Civil ruso de 1923 conceptualiza al suministro como el contrato, en virtud del cual una organización suministradora se obliga a transferir a la organización compradora, dentro de los plazos convenidos, determinados productos de acuerdo con el plan de suministros, y el comprador se obliga a aceptar los productos y a pagarlos a los precios establecidos.

En la doctrina, la mayoría de juristas (especialmente españoles, argentinos e italianos) coinciden en una definición similar del contrato de suministro en cuanto a que el suministrante o suministrador se obliga a ejecutar a favor de la otra parte (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas o bienes. Entre estos juristas podemos citar a los siguientes:

Garrigues lo define como el «contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo a sus necesidades».[12]

Rodrigo Uría define al suministro como un contrato «por el que una parte (suministrador) se obliga a realizar a favor de otra (suministrado) entregas sucesivas y periódicas de una determinada cosa a cambio de un precio».[13]

Ghersi define al suministro como «aquel contrato por el cual una de las partes, denominada «suministrante», se obliga a realizar prestaciones periódicas o continuadas de cosas a favor de la otra, denominada «suministrado», y ésta a pagarle por ella un precio en dinero».[14]

Farina define al suministro como «el contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término (determinado o indeterminado) en la medida que lo solicite y por un precio fijado o por fijarse».[15]

---

[12] Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, T. IV, Editorial Themis, 7ma. Edición. Bogotá, 1987, p. 95.

[13] Rodrigo URÍA, *El Contrato de Compraventa y contratos afines*, Marceal Lois, Madrid, 1994, p. 604.

[14] Carlos Alberto GHERSI, *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Figuras Contractuales Modernas*, T. 2, Editorial Astrea, 3ra. Edición, Buenos Aires, 1994, p. 105.

[15] Juan M. FARINA, *op. cit.*, p. 470.

Otra parte, de la doctrina (juristas colombianos y mexicanos principalmente) considera también que la ejecución de prestaciones periódicas o continuadas no sólo es de bienes, sino también de servicios. Entre los juristas que asumen esta posición podemos citar los siguientes:

Díaz Bravo menciona que el suministro es el contrato mediante el cual «una de las partes, el suministrante o suministrador, se obliga a proveer a la otra, el suministrado, bienes o servicios en forma periódica o continuada, a cambio de un precio en dinero, determinado o determinable».[16]

Baquero Sarmiento define al suministro como un «contrato por virtud del cual una parte llamada suministrante o proveedor, se obliga, a cambio de una contraprestación, a ejecutar a favor de otra llamada suministrado o beneficiario, prestaciones periódicas o continuas de cosas o servicios, en forma independiente».[17]

Torres Vásquez define al contrato de suministrante de la siguiente forma: «Por el contrato de suministro (o de abastecimiento) el suministrante (o proveedor) se obliga a ejecutar a favor del suministrado (o beneficiario o suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de bienes o servicios, a cambio de una contraprestación o a título de liberalidad. A falta de pacto el suministro se presume oneroso».[18]

3. NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de suministro podemos inferir que es esencialmente de naturaleza mercantil, tal como lo trata la legislación colombiana y la mexicana.

Díaz Bravo comenta respecto a su naturaleza jurídica lo siguiente: «Resulta difícil concebir un suministro de naturaleza puramente civil, pues, por hipótesis, una de las partes o ambas son empresas de carácter lucrativo; a lo menos el suministrador, que debe elaborar, adquirir o extraer los bienes que periódica o continuadamente proveerá al adquirente, de todo lo cual, como es obvio, debe obtener alguna ganancia, cual es su propósito».[19]

En este sentido, compartimos la opinión en el sentido que el contrato de suministro responde a las necesidades de naturaleza mercantil empresarial, por lo que la omisión en cuanto a la onerosidad debe suplirse con la presunción de onerosidad de acuerdo a los usos y costumbres del lugar en el cual se celebra el contrato. La finalidad mercantil del contrato de suministro se infiere por dos rubros:

---

[16] Arturo DÍAZ BRAVO, *Contratos Mercantiles*, HARLA, México, 1983, p. 75.

[17] Ángela María Baquero Sarmiento, *op. cit.*, p. 21-22.

[18] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, «El Contrato de Suministro», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Contratación, Tomo IV, Lima, Asesorandina Publicaciones, 1991.

[19] Arturo DÍAZ BRAVO, *op. cit.*, p. 75.

a) En cuanto al objeto: Destinado a la comercialización de bienes (ubicado dentro del ciclo económico de comercialización de bienes).

b) Por los sujetos: Los sujetos, sin perder su independencia, cooperan mutuamente en busca de un beneficio económico (contrato de colaboración mercantil o empresarial).

Garrigues comenta, con respecto a este punto, que «aún cuando los tratadistas italianos guarden silencio respecto a la naturaleza del contrato de suministro, de que sea civil o mercantil, su estudio lo incluyen en las obras de Derecho Mercantil...»[20]

Existen criterios para determinar la naturaleza jurídica contractual, como lo señala López de Zavalía,[21] las más dispares doctrinas sobre la naturaleza jurídica del suministro. Señalamos tres de estas teorías que tratan de acercarse a dar una respuesta a la naturaleza jurídica del contrato.

La primera históricamente en aparecer es la denominada teoría negativa, cuyo punto de contacto se halla en la negación de que en el suministro haya un tipo particular del contrato. Señalan los mentores de ésta teoría que nos encontramos ante una modalidad de contratos cuya reducción a una unidad típica resulta en la práctica imposible, debido a que nos encontramos ante una modalidad contractual más amplia, en la que caben múltiples contratos, además sostienen que ni siguiera se puede ver como una categoría jurídica, sino que se trata de una categoría económica.[22]

Como se puede apreciar ésta teoría, ha quedado obsoleta debido al incremento ya manifestado de la actividad comercial, lo que ha traído como consecuencia la proliferación de celebración de contratos de suministros, los cuales, a diferencia de épocas remotas, son celebrados señalando que se trata de un contrato de suministro, con normas específicas en su ejecución.

En contraposición de la teoría negativa, surgen las doctrinas que ven al suministro como un contrato especial (autónomo), a partir del cual surgen dos teorías, la teoría pluralista y la teoría monista.

La teoría pluralista encuentra en el acuerdo previo de las partes un elemento unitario de suministro como nexo suficiente para originar un contrato especial, del cual aparecen una serie de contratos definitivos y sucesivos vinculados al

---

[20] Joaquín GARRIGUES, *op. cit.*, p.341.

[21] Fernado J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Reformas al Código Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 281.

[22] Rubén DE MARINO, *El Suministro*, Salamanca. 1959, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. p. 44.

contrato originario, tal es el contrato preliminar, contrato normativo o contrato de coordinación.[23]

En cambio la teoría monista considera al suministro como un contrato único y no un conjunto de contratos, en el cual la duración del suministro no es un rasgo tipificante, sino más bien secundario. Configurándose de acuerdo a la naturaleza de la prestación, adscribirla como un contrato de compraventa, en sus diversas modalidades, compraventa pura o simple, o sujeta a condición, o común, de cosa futura, etc.

En ese sentido se pronuncian autores como Novoa, el cual define al contrato de suministro como: «El contrato de compraventa por suministro es un contrato principal, consensual, conmutativo y oneroso por el cual una de las partes se obliga al suministro de entrega de cosas genéricas en cantidad y tiempo determinados (o sin determinar y según pedidos) mediante precio estipulado o que pueda fijarse con independencia de las partes».[24]

También Enneccerus se adhiere a esta posición al definir al contrato de suministro como «una compraventa genérica relativa de mercancías que han de suministrarse en cantidad y tiempo determinado o determinar posteriormente, por ejemplo, «según sus necesidades» o «según su pedido», a un precio fijado por unidad».[25]

Nuestra legislación recoge parcialmente la teoría monista del contrato de suministro al referirse al suministro como un solo contrato, sin embargo, al mismo tiempo, señala que el contrato se encuentra conformado por prestaciones periódicas o continuadas de bienes, lo cual lo diferencia de la teoría monista, la cual resta importancia a la duración de éste.

En palabras de Arias-Schreiber, «... el suministro es un contrato de prestaciones recíprocas y de tracto sucesivo, de ejecución periódica o continuada, que conduce a la traslación de dominio del objeto de la prestación si es consumible y que puede darse también la posibilidad de que sólo se proporcione un bien en uso o goce y que al finalizar el contrato sea devuelto a su dueño...»[26]

4. DIFERENCIA CON OTROS CONTRATOS

Con el contrato de compraventa

Mientras que unos consideran que el suministro es un contrato de compraventa, criterio que no parece ser muy exacto porque la compraventa se podría

---

[23] *Id.*, p. 44.

[24] E. NOVOA, «El Contrato de Compraventa por suministro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1947, p. 609.

[25] Ludwig ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 19, T. II, Vol. II, p. 17.

[26] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 183.

decir que es un contrato de una sola ejecución, y si bien existe similitud entre los sujetos de ambas relaciones, no es igual, en el caso del suministro hay prestaciones periódicas.

El contrato de compraventa es de ejecución instantánea, en cambio en el suministro la ejecución de prestaciones es periódica o contínua, que son características ajenas al contrato de compraventa. La periodicidad supone la reproducción de un mismo resultado y no se confunde con el fraccionamiento de una misma prestación que es el caso de una compraventa a plazos. La continuidad, por su propia naturaleza, no es concebible en la compraventa.

La prestación en la compraventa es una sola y en el contrato de suministro las prestaciones son singulares y autónomas cuya ejecución se da en un tiempo más o menos largo. Al respecto, Wayar opina lo siguiente: «... la compraventa es un contrato de prestación única, carácter que no pierde ni aún cuando su cumplimiento haya de hacerse mediante entregas parciales o fraccionadamente en diversos momentos; en el suministro, por el contrario, el suministrante está obligado a realizar varias prestaciones, que si bien son conexas entre sí, tienen carácter autónomo».[27]

En la compraventa el pago se encuentra perfectamente determinado tanto en número como en importe; en cambio en el suministro puede haber una indeterminación dependiendo de la duración del contrato.

En la compraventa a plazos existe una previa determinación de la prestación conjunta y de las prestaciones singulares; en cambio en el suministro, por el hecho de que tiene una duración indeterminada, también puede ser indeterminado el importe de las prestaciones singulares en su totalidad.[28]

En la compraventa a plazos «la prestación es única aunque su ejecución se fraccione en el tiempo, mientras que en el suministro no hay una prestación única, sino varias prestaciones autónomas ligadas entre sí de tal suerte que lo que importa no es tanto la suma de las prestaciones como las prestaciones aisladas que se reiteran a lo largo del tiempo pactado».[29]

El fin que persigue el suministro es ajeno al de la compraventa, pues éste es el de lograr la seguridad jurídica preventiva de que las necesidades que motivan la realización del contrato sean satisfechas en su oportunidad.

Con el contrato de locación de servicios

Otros consideran que sería un contrato de locación de servicios, pero la diferencia principal radica en que en el contrato de suministro se entregan insumos,

---

[27] Ernesto C. WAYAR, *Compraventa y permuta*, Editorial Astreas, Buenos Aires, 1984, p. 97.

[28] Francesco MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, *op. cit.*, p. 151.

[29] Joaquín GARRIGUES, *op. cit.*, p. 96.

proporcionan productos para lograr en su mayoría un producto final, estamos entonces hablando de bienes, mientras que en el caso de la locación de servicios estamos hablando de la energía de una persona.

El contrato de locación de servicios es una obligación de medios, en donde la prestación es personal; en cambio en el caso del suministro la obligación es de resultados. Un ejemplo sería el caso de un contrato de locación de servicios de asesoría legal cuyo objeto es la asesoría personal de un abogado o de un estudio de abogados, en cambio en el contrato de suministro de servicios, un ejemplo sería el de televisión por cable, donde lo predominante es la obtención de la señal.

Con el contrato de arrendamiento

Se diferencia por la naturaleza de las prestaciones, pues en el arrendamiento hay una sola prestación, en cambio en el suministro de bienes se da la reiteración de las entregas y la singularidad de las prestaciones que también son autónomas.

Siguiendo a Torres Vásquez,[30] podemos encontrar las siguientes diferencias:

Los bienes consumibles y fungibles no pueden ser objeto del contrato de arrendamiento, pero sí del suministro.

En el contrato de arrendamiento, desde la celebración del contrato, se conoce la cantidad de bienes que se entregan o deben entregarse en uso y goce; en cambio en el suministro de duración indeterminada, y según pedido, «se desconoce la cantidad del suministro total y de las prestaciones singulares».

Con el contrato de agencia y distribución

El contrato de agencia es en nombre del agenciado y bajo la cuenta y riesgo de éste; en cambio en el suministro el suministrado, al colocar los bienes en el mercado, lo hace bajo su cuenta y riesgo.

En el contrato de agencia el agente se obliga a realizar una promoción del negocio del agenciado, y éste a pagarle una retribución, sin que el agenciado le suministre productos al agente para que éste los adquiera; en cambio en el suministro el suministrante se obliga a cumplir en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de bienes o de servicios.

En el contrato de agencia o distribución el agente o distribuidor recibe los bienes para colocarlos a terceros; en cambio en el suministro el suministrado puede hacer suyos los bienes que le proporcione el suministrante, a cambio obviamente de un precio.

---

[30] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, T. IV, Asesorandina, Lima, 1991, p. 41.

Con el contrato de concesión

Siguiendo al jurista argentino, Carlos Alberto Ghersi,[31] podemos establecer las siguientes diferencias:

- En el contrato de suministro el suministrado puede ser empresario, comerciante o no serlo; en cambio en el contrato de concesión el concesionario debe contar con una organización adecuada de medios técnicos y económicos para la explotación.
- En el contrato de suministro el suministrado puede utilizar o consumir productos para sí; en cambio el concesionario es un intermediario frente al público consumidor.
- En el contrato de suministro es importante la determinación exacta de cantidades a comercializar entre las partes, desde el inicio de la relación; en cambio en la concesión no resulta mayormente relevante la cuantía de los bienes que componen las sucesivas entregas.

Con el contrato de suscripción

La ejecución en el contrato de suministro puede consistir en entregas continuadas; en cambio la ejecución en el contrato de suscripción sólo supone entregas periódicas.

En el contrato de suministro se configuran tantas unidades como entregas o períodos se convengan; en cambio, en el contrato de suscripción las entregas periódicas configuran una unidad.

Mientras que el objeto del suministro puede ser bienes o servicios en la suscripción, «sólo puede contratarse sobre las primeras, particularmente en forma de publicaciones impresas».[32]

Para Ernesto Eduardo Martorell,[33] «es un contrato de empresa, diferencia su raíz de la compraventa, con la cual, sin embargo, continúa compartiendo identidad en cuanto a las obligaciones fundamentales de las partes», esto nos hace pensar más en el sentido de contrato de carácter mercantil, que tiene el suministro en una economía moderna en la que es fundamental la existencia de los contratos de suministro.

En la doctrina nacional el maestro Max Arias-Schreiber[34] dice que «la naturaleza jurídica del suministro está dada por la existencia de un solo contrato, con

---

[31] Carlos Alberto GHERSI, *op. cit.*

[32] Arturo DÍAZ BRAVO, *op. cit.*, p. 77.

[33] Ernesto Eduardo MARTORELL, *Tratado de Contrato de Empresa*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 603.

[34] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 179.

prestaciones sucesivas u continuadas, y que cuando aparecen diferentes actos no están relacionados con la celebración del contrato, sino con su ejecución. Se trata, por lo tanto, de una sola y exclusiva relación de tipo obligacional, que origina una prestación contínua y duradera, o prestaciones sucesivas, independientes, pero relacionadas entre sí».

De acuerdo con la doctrina nacional, sería importante agregar que se trata de un contrato autónomo, con prestaciones sucesivas, pero es una sola relación jurídica.

5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

El contrato de suministro presenta ciertas características:

5.1. Carácter consensual

El contrato de suministro nace con el consentimiento de las partes, es suficiente la voluntad del suministrante y suministrado, toma validez para este caso el principio de autonomía de la voluntad, el código deja en libertad a las partes para que ellas decidan la forma cómo debe declarase la voluntad.

Las partes pueden celebrar el contrato por escrito o en forma verbal, o la manera como ellos acuerden perfeccionarlo; es bueno señalar que, como la mayoría de los contratos del Código Civil, el suministro oneroso es consensual, porque se perfecciona sin ninguna formalidad exigida por el código, por lo que no es necesaria la elaboración de documentos público cuando se trata de bienes, caso que no sucede para el suministro gratuito, donde el código sí exige una formalidad para su validez.

5.2. Autonomía propia

Con respecto a este punto, Torres Vásquez opina que «las prestaciones singulares gozan de autonomía propia y a su vez están conectadas entre sí por provenir de un sólo contrato, por ser todas del mismo contenido y, a veces, por tener todas el mismo precio».[35]

Arias-Schreiber comenta que «... el suministro reiterado tiene cierta autonomía, que se presenta con los mismos caracteres en las prestaciones singulares. Son consecuencias de esta autonomía la irretroactividad de las prestaciones en cuanto a la resolución del contrato y la independencia de la prescripción y de la acción por razón de incumplimiento».[36]

---

[35] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, T. IV, Asesorandina, Lima, 1991, p. 37.

[36] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 180.

5.3. Es un contrato de duración

El contrato de suministro es un nexo que causa un efecto, existe entonces un contrato que genera una relación jurídica que se prolonga en el tiempo. Esta relación jurídica genera relaciones, obligaciones, y el sujeto de la relación jurídica beneficiada tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación en que consiste las prestaciones periódicas o continuas, según sea el caso.

Se encuentra destinado a desarrollarse en un período y en donde existe ejecución de prestaciones periódicas o continuadas. Asimismo, las prestaciones son de tal naturaleza que no pueden ser cumplidas en un sólo acto, siendo cada prestación autónoma. Al respecto Farina sostiene que «el tiempo es esencial en este contrato, pues durante su vigencia el suministrado cuenta con la seguridad de que sus necesidades serán cubiertas por el suministrante en la medida y condiciones pactadas».[37]

Garrigues comenta lo siguiente con respecto a este punto: «la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumple su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo: la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo Varias prestaciones o una prestación continuada».[38]

El contrato de suministro puede ser de plazo determinado o indeterminado. Respecto del primero, una vez producido o antes del vencimiento del plazo, ambas partes pueden pactar la renovación o la prórroga del contrato, respectivamente.

Para el caso del plazo indeterminado, el art. 1613 del Código Civil establece un procedimiento para que cualquiera de las partes puedan ejercer el derecho de separarse del contrato, lo cual nos lleva a la conclusión del mismo.

Por último, Montoya Alberti opina lo siguiente: «La duración no afecta solamente a la obligación, sino también al cumplimiento que se prolonga por toda la vida del contrato y es satisfecha mediante la ejecución de prestaciones periódicas o continuadas, como única forma por la que el suministrado pueda cubrir sus necesidades y que, como derecho habiente, no podría aceptar que las prestaciones se agoten en un sólo acto, por ello este contrato pertenece a los de tracto sucesivo».[39]

---

[37] Juan M. FARINA, *op. cit.*, p. 472.

[38] Joaquín GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, Vol. I, *Obligaciones y Contratos Mercantiles*, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1963, p. 414.

[39] Hernando MONTOYA ALBERTI, «Los contratos de colaboración empresarial y la Codificación del derecho mercantil», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, 1997, p. 111.

5.4. Es un contrato de prestaciones reciprocas

Estamos ante un contrato bilateral por las prestaciones reciprocas; tenemos una de las partes denominado «suministrante» que debe entregar los bienes materia del contrato, y a la otra parte denominado «suministrado», que tiene que cumplir con pagar por el suministro, por lo que en ambos casos existe una relación de reciprocidad.

5.5. Prestaciones periódicas y continuadas

Esta es una de las características principales del contrato de suministro: La ejecución de prestaciones periódicas y continuadas, las cuales podemos definirlas de la siguiente forma:

a) Prestaciones periódicas: Son las que se cumplen en fechas determinadas, siendo el suministro periódico también cuando las prestaciones deben cumplirse con ciertos intervalos de tiempo determinados, por ejemplo «cada mes, cada año o cada vez que el suministrado lo solicite».[40]

b) Prestaciones continuadas: Son las prestaciones que se realizan o se cumplen en forma ininterrumpida en el tiempo, por ejemplo «en el caso del suministro que implique otorgar el derecho temporal de uso de determinados bienes».[41]

5.6. Es un contrato oneroso

En este punto Aníbal Torres,[42] dice «un contrato es gratuito o de beneficencia si sólo se deriva utilidad para una de las partes». Por este contrato una de las partes, obedeciendo a un propósito de liberalidad, se obliga a efectuar una prestación a favor de la otra sin recibir nada a cambio; ejemplo, la donación, el suministro cuando es constituido a título de liberalidad».

Por esto podemos decir que el contrato será oneroso cuando existan beneficios para ambas partes, cuando cada parte se obliga a la otra en beneficio de algo; es bueno que en el caso que sea a título de liberalidad el contrato sea por escrito, este es el requisito que exige el Código Civil.

La diferencia principal del suministro con la donación sería que en la donación hay la transferencia del bien en un solo acto y finaliza la relación jurídica contractual, mientras que en el caso del suministro es un relación continua, duradera; como hemos podido notar anteriormente, ésta es la diferencia principal, más allá

---

[40] Jorge MUÑIZ ZICHES, «El Contrato de Suministro», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 30, Lima, 1988, p. 52.

[41] *Id.*

[42] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *El Contrato de Suministro, op. cit.*, p. 83.

si se necesita que sea verbal o escrita, que esto varía como se puede ver en código, por el valor del bien que se tenga que donar.

La existencia de este contrato, indica Jorge Muñiz, radica en la necesidad económica «de parte del suministrante, en la confianza de la colocación estable, conocida con antelación de su producción; y para el suministrado en la satisfacción en forma rápida y segura de sus continuas necesidades constantes, sin que deba concertar un contrato distinto cada vez que surja dicha necesidad».[43]

De la cita antes mencionada, se puede tener en cuenta que el contrato de suministro sirve para satisfacer las necesidades de obtención de materia prima y de todos los elementos necesarios para lograr la producción de la industria.

De la definición del Código Civil se puede colegir dos cosas: la primera, que el suministro puede ser gratuito u oneroso, por no limitar ni exigir ninguna de estas condiciones; y la segunda, que puede ser prestación única o reciproca.

Sin embargo, se tiene que mencionar que el artículo no menciona nada sobre el precio; en caso que sea a título oneroso, tampoco hace referencia qué clase de bienes son materia del contrato. Esto sería importante para poder establecer la diferencia cuando estamos ante un contrato de suministro, en el caso que sea gratuito y cuando estamos ante un contrato de donación.

Parte de la doctrina considera que la onerosidad es lo que identifica principalmente a este contrato como mercantil, pues en el contrato civil el suministro puede también ser a título gratuito. Uno de los autores que defienden esta posición es Jimeno Escolar, quien opina que, «por ser un contrato eminentemente mercantil, el suministro tiene como característica principal la onerosidad, lo cual equivale a que la parte que recibe el beneficio debe pagar un precio por aquel».[44]

5.7. Es un contrato principal

El suministro tiene vida propia, no necesita de la existencia de otro contrato, a diferencia de un contrato de carácter accesorio, que depende siempre de un contrato principal; así, si el principal fuera anulado, el accesorio desaparece, un supuesto que no puede pasar en el contrato de suministro.

5.8. Es un contrato mercantil

Es indudable que, por su naturaleza, este contrato tiene por característica fundamental la comercialización masiva de bienes y servicios; por su finalidad

---

[43] Jorge MUÑIZ ZICHES, *op. cit.*, p. 48.

[44] Gustavo A. JIMENO ESCOLAR, *El Contrato de Suministro y su Responsabilidad Civil derivada*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1988.

eminentemente económica estamos ante un contrato de carácter mercantil, esto no quiere decir que las persona naturales no puedan celebrar contratos de suministro, es posible que una ama de casa celebre un contrato de suministro con el titular de una bodega para que le provea de determinados productos necesarios para la marcha de su hogar. Por el ejemplo antes citado, puede ser utilizado por todos, no es un contrato privilegiado sólo para personas que desarrollan una determinada actividad económica.

5.9. Es un contrato conmutativo

Porque, en el momento de su celebración, en el contrato se puede apreciar las ventajas y desventajas que existen para cada una de las partes, que las prestaciones y contraprestaciones que existen están presentes.

5.10. De colaboración empresarial

El ánimo del contrato de suministro es la colaboración entre las partes, como lo denomina Hernando Montoya Alberti, agregando que es de colaboración también «pues acerca a las empresas proveedoras y consumidoras y las integra en una misma red de distribución».[45]

6. BIENES OBJETO DEL CONTRATO Y CONTENIDO

En la exposición de motivos correspondiente a la regulación del contrato de suministro en nuestro Código Civil, se observa que existen tres teorías que aluden a la extensión del contrato de suministro:

- Una primera teoría, de carácter restrictivo, considera que las obligaciones que nacen del contrato de suministro sólo pueden referirse a transferencias de propiedad.
- Una segunda postura señala que a través del contrato de suministro se puede transferir cualquiera de los diversos derechos sobre bienes, es decir que amplía el ámbito del contrato e incluye dentro de su extensión no sólo los casos de transferencia de propiedad, sino también aquellos en los que se transfiere el uso y goce de bienes.
- La tercera posición es de carácter extensivo, de acuerdo a ella el contrato de suministro puede tener por objeto tanto la transmisión de propiedad de bienes como la transmisión de otros derechos sobre bienes, así como el llamado suministro de servicios.

---

[45] Hernando MONTOYA ALBERTI, «Los Contratos de Colaboración Empresarial y la Codificación del Derecho Mercantil», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 47, 1997, pp. 109-110.

Estas tres posiciones doctrinarias son explicadas, con ciertas variaciones, por el tratadista Fernando López de Zavalía.[46] El profesor argentino clasifica a los contratos de suministro según el objeto de la prestación a cargo del suministrante, de modo tal que, a su parecer, podemos hablar de un suministro de actividad y un suministro de cosas, admitiendo este último una subclasificación en un suministro locativo y uno enajenativo.

Como podemos apreciar, las tres categorías que señala Arias-Schreiber se encuentran reflejadas en la clasificación que propone López de Zavalía, pero mientras el peruano es de la opinión que sólo debe considerarse dentro de los límites de la extensión del contrato de suministro a las prestaciones que tienen por objeto transferencias de propiedad y adicionalmente aquellas otras por las que se transfiere el derecho al uso y goce de bienes, el autor argentino opta por la posición extensiva e incluye dentro del ámbito del contrato tanto el suministro de actividad o de servicios como el suministro de cosas, en sus dos modalidades, locativo y enajenativo.

Habiendo hecho este sucinto panorama doctrinario, trataremos de introducirnos en la postura que recoge nuestro Código Civil.

El primer referente para iniciar una aproximación nos lo da el art. 1604, que define el contrato de suministro como aquel por el cual el suministrante se obliga a ejecutar prestaciones periódicas o continuadas de bienes. Ya que nosotros queremos verificar cual ha sido la opción del legislador al delimitar la extensión del suministro, nos interesa analizar el alcance que se le da al término «bienes».

Este puede ser entendido de diversas maneras, una primera posibilidad es entender que el termino «bienes» se usa en un sentido genérico, de modo tal que podría llegar a incluir inclusive ciertos servicios.

La otra opción es que el legislador haya considerado el vocablo «bienes» en sentido estricto, y en este caso estamos nuevamente ante una dicotomía, de un lado podríamos entender que se trata de prestaciones de bienes en general, lo que implicaría que existe la posibilidad de incluir en la extensión del suministro cualquier transferencia de derechos sobre bienes, o bien podríamos interpretar que el término circunscribe el alcance del contrato a los casos en que la prestación del suministrante es necesariamente una de entregar en propiedad.

Además del artículo 1604, el 1609 del Código Civil, que regula un aspecto específico relacionado al suministro periódico de entrega de bienes en propiedad, nos permite seguir con el tema. Como puede observarse, la referencia que el legislador hace en este artículo (suministro periódico de entrega de bienes en propiedad) nos permite interpretar que se acepta la posibilidad de un suministro

(46) Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, Tomo III, Buenos Aires, 1985

periódico de entrega de bienes en el que no exista la obligación de transferir la propiedad, es decir, que se incluiría dentro del ámbito contractual a las prestaciones que impliquen la transmisión del uso y goce de bienes.

Adicionalmente a lo expresado, respecto a los dos artículos arriba mencionados, consideramos que el título correspondiente al contrato de suministro en el Código Civil regula principal y casi exclusivamente el supuesto de suministro que implica transmisión de propiedad de bienes, pero de acuerdo al art. 1609, podemos entender que no se excluye la posibilidad de un contrato de suministro que implique sólo la transmisión del uso y goce de bienes o cualquier otra que no importe transmisión de propiedad.

Asimismo, consideramos que pese a que el Código Civil no recoge normativamente el contrato de suministro de servicios, es claro que tampoco restringe la posibilidad de que dicho contrato se celebre.

7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Para precisar la obligación principal a cargo del suministrante, es necesario analizar la vinculación existente entre el volumen y periodicidad del suministro con el principio de la determinación.

Si al momento de celebrar el contrato, se ha establecido con precisión y plenitud la cuantía y los plazos en el que el suministrante ha de cumplir con las prestaciones a su cargo, decimos que: el volumen y la periodicidad son determinados.

En cambio, si se ha pactado que posteriormente a la celebración del contrato mediante un procedimiento o se ha mantenido silencio sobre la cantidad y la periocidad del suministro, éstos son determinables. Al efectuar la posterior determinación, los contratantes, o en su defecto la ley, pueden aplicar dos criterios[47]: objetivo (p. ej.: la costumbre) o subjetivo (p. ej.: la necesidad del suministrado).

Sobre el lugar del cumplimiento de su obligación, el suministrante ejecutará su prestación en el domicilio del suministrado según los usos de mercado.

7.1. El volumen del suministro

Se encuentra regulado en nuestra legislación por los arts. 1606 y 1607 del Código Civil.

Tomando como base a Messineo,[48] aquello que se suministre debe ser idóneo, tanto en su cantidad como en su calidad; sobre esta última característica no

---

[47] Manuel BROSETA PONS, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 6ta. Edición, Madrid, 1986, p. 399.

[48] Francesco MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. V., *op. cit.*, p. 151.

hay pronunciamiento en nuestra normatividad, pero es recomendable que al celebrar el contrato se tome en cuenta este elemento para evitar problemas entre los contratantes y de estos frente a terceros.

De acuerdo a lo expresado líneas arriba el volumen del suministrado puede ser determinado o determinable.

A su vez, la solución de la determinabilidad se efectúa de dos maneras:

7.1.1. Convencional

Cuando ambas partes contratantes acuerdan procedimientos o criterios o establecen límites dentro de los cuales el suministrante tendrá que cumplir la cuantía de su prestación. En caso se haya determinado ciertos límites para el volumen del suministro, encontramos tres modalidades:

a. Si se han señalado límites mínimos y máximos, sea para la totalidad del suministro o para las prestaciones singulares, el art. 1607 del Código Civil señala que corresponde al suministrado establecer la cuantía de lo debido dentro de esos límites; es decir se escoge un criterio subjetivo, donde el arbitro del suministrado (en base a sus necesidades[49] no constituye una posibilidad de que éste cometa una injusticia porque todo aquello que esté dentro de estos límites será razonable y equitativo, como bien refiere Mario Castillo Freyre.[50] Esto implica para el suministrante la adopción de medidas para el cumplimiento de cada prestación, más aún porque el Código Civil mantiene silencio sobre el plazo del suministrado para comunicar su necesidad, entendemos que se aplicarán los usos y costumbres en defecto de acuerdo.

   Parte de la doctrina está de acuerdo con esta regla[51], aunque hay una corriente que va en aumento para que se apliquen criterios objetivos pro-

---

[49] Según Mario BAUNCHE GARCÍADIEGO, *La Empresa Nuevo Derecho Industrial, Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles*, Editorial Porrúa, 2da. Edición aumentada y actualizada, México, 1983, p. 347, citando a Garrigues, señala: «que el concepto de necesidad es difícil de utilizar en el campo del derecho como criterio seguro, dado el carácter esencialmente variable de las necesidades humanas, incluso tomando como punto de referencia una determinada persona».

[50] Mario CASTILLO FREYRE, *Instituciones del Derecho Civil (una visión histórica)*, T. III, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Fundación M.J. Bustamente de la Fuente, Lima, 1996, p. 2046. Para Carlos Ferdinand CUADROS VILLENA (*Derechos de Contratos*, Editora FECAT, Lima, 1997, p. 228), «es una puerta a la arbitrariedad». Consideramos esta opinión errónea porque quienes se dedican a suministrar, por su propia naturaleza mercantil, proyectan con la debida antelación su actividad empresarial, más aún cuando celebran contratos de duración como el suministro.

[51] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 133-134. Ángela María BAQUERO SARMIENTO, *op. cit.*, p. 125-126.

pios del Derecho Mercantil, como el caso de la costumbre;[52] en la legislación, dado el carácter supletorio del artículo 1607 en estudio, cabe pactar la utilización de otros criterios.

b. Si se ha pactado solo un límite máximo, al respecto nuestra legislación incurre en un vacío, lo cual, si es considerado en el Código de Comercio de Colombia, Baquero Sarmiento[53] considera oportuno su incorporación legislativa para no dar libertad absoluta al suministrado en la fijación de la cuantía. Aquí también encontramos el problema del plazo de comunicación por parte del suministrado.

c. Si se ha acordado sólo un límite mínimo, de su lectura inferimos rápidamente que constituirá una grave amenaza para los intereses del suministrante, por lo cual la doctrina y algunas legislaciones han acondicionado una alternativa a este límite: una remisión a la capacidad del consumo o a las necesidades ordinarias del suministrado; esto significa que el suministrado exigirá al suministrante las cantidades que requiera en base a estos criterios subjetivos que no podrían ser inferiores a dicho límite que también se aplicaría en defecto de la aplicación de los criterios antes descritos. Cabe indicar que por razón de equidad se tendría que aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 1607 sobre la forma como se fija en el tiempo el uso del criterio subjetivo de la necesidad del suministrado: el momento de celebración del contrato. Esta alternativa tampoco se prevé en nuestro Código Civil.

7.1.2. Legal

Cuando no hay pacto que fije el volumen, nuestro Código Civil, en su art. 1606, recogiendo la regla prevista en el art. 1560 del Código Civil italiano, entiende la voluntad de los contratantes en base al criterio subjetivo más usado con una fijación de su existencia temporal para evitar problemas por la incertidumbre de la duración del contrato: las necesidades del suministrado al momento de celebración del contrato.

Mario Castillo Freyre[54] considera insuficiente el criterio escogido por la norma, manteniendo esta posición aún se añada como criterio las posibilidades del suministrante; por su lado, el inciso cuarto del art. 969 del Código de Comercio de Colombia prescribe como criterio alternativo al «ordinario consumo», pero, con acierto, declara como criterio preferencial a los antes señalados, uno de carácter objetivo: La costumbre comercial.

---

[52] Eduardo BENAVIDES TORRES, «La Contratación Moderna y el Código Civil Peruano», en *Ius et veritas*, Nº 12, Lima, 1995, p. 40.

[53] Ángela María BAQUERO SARMIENTO, *op. cit.*, p. 127.

[54] Mario CASTILLO FREYRE, *op. cit.*, pp. 2044 y 2045.

7.2. La periodicidad del suministro

Baunche Garcíadiego[55] expresa la importancia del tiempo en la prestación del suministrante, cuyo sentido es que las prestaciones han de ser realizadas siempre a lo largo de un período de tiempo.

De la misma forma que para el volumen, la periocidad puede ser determinada o determinable, y esta última adoptar dos formas de solución: convencional o legal. Cuando hay acuerdo entre ambas partes, sea determinada o determinable, se debe considerar la presunción *iuris tantum* del art. 1611 del Código Civil en interés de ambos contratantes.

7.2.1. Convencional

Se refiere a quien o quienes pueden fijar los plazos para cumplir las prestaciones a cargo del suministrante y encontramos tres posibilidades:

a. A cargo del suministrado, único supuesto previsto por nuestra codificación civil en el art. 1612, siguiendo la línea de su antecedente en el Código Civil italiano art. 1563. De acuerdo a lo prescrito en nuestra legislación, el suministrado debe efectuar un aviso previo al suministrante dentro de un plazo que, siguiendo a Castillo Freyre,[56] nos lleva a dos[57] situaciones:

- Que ambas partes hayan acordado al celebrar el contrato un plazo que puede ser mínimo o a días fijos, incluso por un plazo menor a 7 días.
- Que ambos contratantes no hubieran pactado plazo alguno, aplicándose entonces el plazo señalado en el art. 1612 del Código Civil; no menor de siete días[58]. Consideramos preferible lo estipulado en los antecedentes italiano y colombiano de no consignar un número de días mínimo, sino más bien aplicar el término «pre-aviso oportuno»[59], lo que va de acuerdo

---

[55] Mario BAUNCHE GARCÍADIEGO, *op. cit.*, p. 347.

[56] Mario CASTILLO FREYRE, *op. cit.*, p. 2053 y 2054.

[57] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET (*Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, T. II, en colaboración con Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias-Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco, Gaceta Jurídica Editores, Lima 1996, pp. 188 y 189) considera sólo un supuesto: el que plazo del art. 1612 del Código Civil es imperativo. Opinamos que ver al suministrante como la parte débil de la relación en el mundo actual es erróneo. La posición de Castillo va más acorde con la naturaleza del contrato.

[58] Eduardo BENAVIDES TORRES (*op. cit.*, p. 40) llegó a calificar el art. 1612, por su plazo legal, como absurdo.

[59] Los colombianos utilizan exactamente el término «plazo prudencial», pero bajo los mismos motivos que en el caso italiano, empero, a diferencia de estos, y por experiencia jurisprudencial, han incluido una norma para la solución de controversias en la vía judicial. Creemos que esta norma para la solución de conflictos judicial no la tenemos que adoptar para dejar

con la naturaleza mercantil del contrato en estudio que exige otorgar flexibilidad a las partes, quienes, por usos del mercado, razón de equidad, buena fe contractual, principio de moralidad comercial y un conocimiento mas preciso de sus negociaciones, les permite al suministrado precisar la oportunidad del pre-aviso y al suministrante cumplir adecuadamente su prestación.

b. A cargo del suministrante, es una opción factible, a la que se puede aplicar analógicamente lo antes dicho para el pre-aviso. Sin embargo, esta posibilidad nos llevaría a un serio peligro de desabastecimiento al suministrado y al mercado en general, podría derivar en un abuso de posición dominante o monopólica u otras formas que signifiquen una competencia desleal.

c. A cargo de ambas partes, en esta posibilidad los contratantes acuerdan posteriormente a la celebración del contrato, el plazo de las prestaciones, en este caso el procedimiento para la determinación tendría que ser completo a fin de evitar dilataciones que los perjudiquen; la legislación colombiana introduce esta posibilidad para mantener la igualdad entre las partes[60].

7.2.2. Legal

A falta de pacto expreso, el art. 1606 del Código Civil establece la misma regla que se aplica para determinar el volumen del suministro con todas sus implicancias tratadas al analizar ese aspecto de la obligación del suministrante.

7.3. Obligaciones a cargo del suministrado

7.3.1. El precio del suministro

Respecto a la forma de pago del contrato de suministro, ésta dependerá de la clase de suministro.

La obligación principal a cargo del suministrado es el precio. En virtud de las diversas clases de suministro, para el contrato de suministro de naturaleza mercantil habría que adoptar el concepto amplio de precio que nos cita Castillo Freyre: «La prestación consistente en una cantidad de dinero, que debe efectuar una de las partes contratantes, frente a otra, la que se obliga a realizar determinadas prestaciones de dar, de hacer...».[61]

---

plena libertad a los controvertidos para elegir su vía de solución, si no se usa arbitraje recomendamos el proceso sumarísimo.

[60] Ángela María BAQUERO SARMIENTO, *op. cit.*, p. 142.

[61] Mario CASTILLO FREYRE, *El precio en el Contrato Compraventa y el Contrato de Permuta*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XIV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1993, p. 30.

La doctrina[62] nos señala los siguientes requisitos del precio:

a) Que consista en dinero o signo que lo represente.

b) Que sea cierto.

c) Que sea verdadero.

d) Que sea serio.

Respecto al primer requisito, encontramos el problema del precio mixto, a lo cual consideramos de aplicación analógica lo dispuesto en el art. 1531 del Código Civil.

Los temas que la doctrina y la legislación analizan con detalle son la determinación y el pago, para este último tema estudiaremos tomando como base la clasificación del suministro: periódico o continuado.

7.3.1.1. La determinación

Su temática se deriva del segundo requisito del precio: la certidumbre, que al igual como sucede con la obligación del suministro, debe tomar como punto de partida el momento de celebración de contrato, consecuentemente el precio puede ser determinado o determinable.

Una vez que se determine el precio, éste regirá entre las partes mientras dure el contrato. Si posteriormente, por circunstancias extraordinarias no previstas al momento de la celebración del contrato, se rompe el equilibrio económico del mismo, habría lugar a una revisión[63], lo cual es connatural a los contratos de duración como el suministro.

Asimismo, se puede determinar el precio en su totalidad, o sea de cada prestación, al celebrar el contrato, o parcialmente dejando como determinable una parte del precio. Sobre esta determinación parcial, el art. 970 del Código de Comercio colombiano establece una presunción: si las partes señalan precio para una prestación se presumirá que convienen igual precio para las demás de la misma especie. No estamos de acuerdo que se aplique esta presunción a nuestra legislación porque no responde a la naturaleza mercantil del suministro que exige una flexibilización en los términos del contrato.

Consideramos que es de aplicación para el contrato de suministro la regla del art. 1543 del Código Civil que declara la nulidad de la compraventa por precio fijado unilateralmente.

---

[62] *Id.*, p. 37.

[63] Jaime Alberto ARRUBLA, «Contratos Mercantiles», en *Separatas del curso de Temas de Derecho Empresarial*, T. I, Escuela de Postgrado, Maestría de Derecho Empresarial, Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 359.

a) Precio determinado: López de Zavalía lo describe como aquel determinado por el pacto mismo, sin que sean necesarias investigaciones u operaciones ulteriores[64]; cabe indicar que esta determinación sólo lo pueden hacer los contratantes.

b) Precio determinable: Se trata del acuerdo para una posterior forma de determinación al momento de celebración del contrato, sin necesidad de intervención por los contratantes. Igualmente a otros casos de determinabilidad, la solución es de dos vías:

b.1 Convencional: El concepto de precio determinable antes vertido nos permite inferir que los contratantes puedan acordar la aplicación analógica de las diversas determinaciones que para el contrato de compraventa señala el Código Civil[65], así como de otras formas de determinación no tipificadas[66].

Consideramos que la aplicación de las normas de la compraventa es válida para toda clase de suministro.

b.2 Legal: A defecto de pacto expreso, nuestra legislación considera un solo supuesto a resolver, incurriendo en una serie de vacíos[67] a los cuales son aplicables las reglas del art. 1547 del Código Civil o las que señalen los usos del mercado.

El art. 1609 analiza el suministro periódico de bienes en propiedad señalando que se aplicarán las reglas pertinentes de la compraventa, al que fija temporal y espacialmente tomando en cuenta el momento de vencimiento de las prestaciones singulares y el lugar en que éstos deben ser cumplidas, respectivamente.

---

[64] Citado por Mario CASTILLO FREYRE, *op. cit.*, p. 461.

[65] Artículo 1544: Trata sobre la determinación por un tercero, que a su vez puede adoptar dos posibilidades que la doctrina denomina como mero arbitrio y el arbitrio de equidad.

Artículo 1545: Referido a la determinación del precio en bolsa o mercado. Esta segunda opción es la que mejor se ajusta a la actividad empresarial.

[66] Aquí encontramos los siguientes:

- Por el precio que tenga otro bien o servicio cierto.
- Por el costo de producción de un bien hecho por tercero.
- Por el precio de adquisición por el suministrante del bien que habrá de ser registrado por seguridad jurídica. Esta opción no es mercantil.

[67] Estos vacíos los podemos agrupar en virtud de las prestaciones de los suministrantes:

- Suministro continuado de bienes o servicios.
- Suministro periódico de bienes en uso o disfrute.
- Suministro periódico de servicios.

La remisión legal nos lleva a un sólo artículo del Código Civil: 1547, el mismo que describe dos supuestos: el precio habitual[68] y el precio de bolsa o de mercado.

Las discusiones doctrinarias giran en torno al precio habitual en base a dos aspectos[69]: la posibilidad de varios precios para un mismo bien (o servicio) y que esta regla funciona para un sistema controlado de precios y no para el «libre mercado», donde no cabe la existencia de este tipo de precio. Al respecto, opinamos que en un sistema de libre mercado el Derecho Mercantil acelera su desarrollo y dinámica, lo cual aumenta la importancia de una de sus fuentes, la costumbre, que a su vez es el sustento de existencia del precio habitual;[70] sobre la posibilidad de diversos precios para la prestación del suministrante, la parte final del art. 1609 da una pauta para descartar esta diversidad.

7.3.2. Pago del precio en el suministro periódico

En la mayoría de contratos, uno de los primeros puntos que se pacta es el precio y la forma de entrega de los productos, en el caso del suministro periódico nuestra legislación ha planteado que el precio se abona en el momento de la prestación, en proporción a cada una de ellas.

Su semejanza con el contrato de compraventa ha influido en este punto del suministro periódico, pues en el caso de un contrato de compraventa, el precio se abona al momento de la entrega del bien, en este caso particular de suministro cada entrega es independiente de las demás, esto no quiere decir que el contrato es una unidad.

7.3.3. Indeterminación del precio en el suministro periódico

El Código Civil establece que si en el suministro periódico no se ha determinado el precio, se aplicarán las reglas del contrato de compraventa, teniéndose en consideración las prestaciones singulares y el lugar que éstas deben cumplir, de esto se entiende que el contrato de suministro puede quedar perfeccionado, aún cuando no se ha pactado el precio de los bienes que son objeto del contrato.

El código prohíbe, bajo sanción de nulidad, el acuerdo por el cual se deja la determinación del precio a una de las partes, debido a que la suerte del contrato no puede decidirlo sólo una de las partes.

---

[68] De la Puente y Lavalle señala «que tratándose de un vendedor profesional de bienes similares las partes saben que existe un precio que usualmente se cobra por tales bienes, su silencio sobre el precio no debe ser entendido como falta de acuerdo sino como un acuerdo sobre el precio usual». Citado por Mario CASTILLO FREYRE, *op. cit.*, p. 314.

[69] Eduardo BENAVIDES TORRES, *op. cit.*, p. 37.

[70] Miguel TORRES MÉNDEZ, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*, Parte I, Grijley, Lima, 1993, p. 237, lo trata como «una actividad negocial usual».

7.3.4. Pago del precio en el suministro continuado

Si las partes no han decido un monto distinto de cancelación, el precio se paga de acuerdo a los usos del mercado, las prestaciones siempre se van ha continuar cumpliendo sin interrupción, regulándose frecuentemente la relación entre las partes a determinados vencimientos parciales, los cuales son concretados en el contrato y falta de pacto por los usos del mercado.

Este contrato puede ser dividido en períodos, que pueden ser quincenales, semanales etc., teniendo cada uno de ellos autonomía, dando lugar a que existan prestaciones y retribuciones o contraprestaciones, como se da en el caso de suministro periódico.

El Pago

Respecto al lugar del pago, debemos tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 1238 del Código Civil, que establece como regla general el domicilio del deudor (suministrado).

Consideramos acertada la propuesta legislativa argentina[71] de establecer una misma regla para el suministro periódico o continuado de pagar dentro de un plazo determinado, a falta de pacto o uso en contrario.

La forma de pago puede ser pactado, o en su defecto, previsto por la ley.

Sobre esta última posibilidad, el Código Civil da un tratamiento diferenciado si se trata de un suministro periódico o continuado.

Para el caso del suministro periódico, el art. 1608, por el tipo de contraprestación, utiliza dos parámetros[72]:

- Momento: En el acto de cada prestación singular.
- Criterio: Proporcional a cada contraprestación (objetivo).

En cambio, para el suministro continuado, el art. 1610 aplica un criterio objetivo más acorde con la naturaleza mercantil del contrato que analizamos: los usos del mercado; un ejemplo claro lo tenemos en el suministro de energía que se paga mensualmente, y esto porque sería impráctico y sumamente oneroso hacer pagos diarios dada la no interrupción del suministro continuado.

8. CLÁUSULAS ESPECIALES

Mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad y sólo teniendo como limitaciones que ejerce el orden público, la moral y las buenas costumbre, las

---

[71] Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 298.

[72] Gustavo A. JIMENO ESCOLAR (*op. cit.*, p. 35) señala que el principio de unidad consistente del suministro sustenta su carácter periódico (agregaríamos el continuado) y que cada prestación singular no implica negocios jurídicos separados.

partes pueden pactar un contrato con las características que ellos consideren; para el caso del suministro, el código regula las cláusulas de preferencia y exclusividad.

8.1. Cláusula de preferencia

La cláusula de preferencia tiene por finalidad conceder a una de las partes, que puede ser suministrado o suministrante, el derecho a que una vez que el contrato halla finalizado, el plazo del contrato pueda compeler a la otra a celebrar un nuevo contrato de suministro con las mismas características que haya sido ofrecido por un tercero.

La vigencia máxima de estas cláusulas de preferencia no podrá ser mayor a los 5 años posteriores a la finalización del contrato.

El derecho de preferencia debe ejercerse dentro del plazo señalado, caso contrario el derecho quedará extinguido.

Este pacto consiste en que una de las partes, el otorgante, se obliga, durante un plazo sujeto a un término máximo, frente a la otra parte: el beneficiado, a preferirlo para la celebración de un contrato posterior sobre el mismo objeto de las prestaciones del contrato vigente, entre ambas partes, a cargo del suministrante. La finalidad del pacto es defender al beneficiado contra una posible concurrencia post-contractual[73] que afecte sus intereses económicos a corto o mediano o largo plazo, según las circunstancias.

Según Messineo[74], la preferencia objeto del pacto otorga un derecho personal, no un derecho real. Nuestra legislación, en el art. 1614 del Código Civil, mejora los elementos personales que intervienen en este pacto respecto a su antecedente italiano[75] porque permite la posibilidad que tanto el suministrado como el suministrante se conviertan en beneficiados u otorgantes del pacto. Este pacto admites tres modalidades, lo cual es más equitativo: a) En favor del suministrante; b) En favor del suministrado; y, c) En favor de ambos.

Conforme al art. 1614, la duración del pacto no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado una plaza mayor. Este término de cinco años es sumamente criticado por excesivo,[76] lo cual atenta la finalidad del pacto en

---

[73] Alberto TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Editorial Revista de Derecho Privado, 14va. Edición, Madrid, 1967, p. 293. Fernado J. LÓPEZ DE ZAVALÍA (*op. cit.*, p. 302) dijo que es un pacto para la contratación. Es la finalidad lo que desvincula el pacto de preferencia con el pacto de exclusividad.

[74] Francesco MESSINEO, *op. cit.*, p. 152.

[75] El art. 1566 del Código Civil italiano sólo considera al suministrante como beneficiado del pacto, y consecuentemente, el suministrado es el único que puede obligarse a preferir.

[76] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *El contrato de suministro*, Ed. Cuzco, Lima, 1988, p. 153.

las circunstancias comerciales modernas, por lo que sería conveniente adoptar el plazo de un año previsto en el Código de Comercio colombiano, por cuanto «no se lesionan los intereses de la sociedad ni de los contratistas; por un lado ayuda a que no se establezcan monopolios, a ejercer libremente el comercio o la industria, al desarrollo de la economía, a la creación de nuevas empresas, etc.; y por otro, ayuda a que los contratantes no se vean afectados por sostener un pacto demasiado prolongado que lesione el proceso y desarrollo de sus actividades industriales y comerciales.»[77]

El art. 1615 del Código Civil describe el proceso de ejecución del pacto. Se parte del presupuesto de una propuesta de un tercero quien propone al otorgante la celebración de un contrato de suministro señalando sus elementos esenciales (objeto, volumen, periodicidad, precio, pago, etc.). Establecidas las condiciones, se comunica al beneficiado con el pacto de preferencia la propuesta del tercero con todas sus condiciones. Si el beneficiado quiere ejercer su derecho de preferencia dentro de un plazo que obligatoriamente debe fijarse al celebrar este pacto especial, tendrá que comunicarlo al otorgante acompañando una propuesta que debe ser por lo menos igual a la efectuada por el tercero.

A este pacto se le aplican los límites temporal, como el espacial, circunscrito al lugar de influencia económica del suministrado.

No necesariamente el pacto de preferencia juega simultáneamente con el pacto de exclusividad.[78] Como bien sostiene Baquero Sarmiento,[79] la intervención del tercero coadyuva al equilibrio de las prestaciones del nuevo contrato.

López de Zavalía[80] indica que el pacto de preferencia es oponible a terceros que lo hubiesen conocido.

8.2. Cláusula de Exclusividad

En esta cláusula el objeto principal o el fin es la obligación de no hacer, donde se pone a una de las partes, o a ambas, la condición de no contratar con terceros, sobre los bienes materia del contrato de suministro.

La cláusula de exclusividad a favor del suministrante tiene como objeto que el suministrado no pueda, por ningún motivo, recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, al extremo que no pueden proveerse con sus propios medios de producción, con los bienes que son materia del contrato, de esta manera se

---

[77] Ángela María BAQUERO SARMIENTO, *op. cit.*, p. 105.

[78] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 191, donde, citando a Patricia Bueno, sostiene esta vinculación.

[79] Ángela María BAQUERO SARMIENTO, *op. cit.*, p. 103.

[80] Fernado J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 302

protege económicamente al suministrante, al tener asegurado por un tiempo determinada la colocación de su producción.

Cuando la exclusividad se pacta en beneficio del suministrado, el suministrante tiene que abstenerse respecto a proporcionar a terceros prestaciones iguales al objeto del contrato, esto no sólo es en el ámbito geográfico donde se ejecuta el contrato, sino, en general, en ningún otro lado.

Mediante esta forma se asegura el suministrado la materia prima o los demás bienes que considere necesario para su actividad productiva.

La cláusula de exclusividad tiene por finalidad reforzar la posición de uno de los contratantes, o de ambos; en la práctica se suele introducir en el contrato pactos destinados a garantizar posición de exclusividad por el período de duración del contrato o por el que fijen las partes. La exclusiva importa la inserción de una cláusula de no concurrencia.

Conforme señala Trabucchi[81], la finalidad de este pacto es impedir la concurrencia ajena durante el transcurso de la relación contractual.

Respecto a la duración del pacto, nuestro Código Civil sigue con acierto al Código Civil italiano que no establece plazo alguno[82], dejando a las partes plena libertad para determinar el plazo[83], lo cual por seguridad de ambas partes es recomendable que no dejen de hacerlo.

Garrigues[84] señala dos aspectos: uno positivo al representar un incremento patrimonial al beneficiario del pacto al mejorar su posición en el mercado, y otro negativo porque impone una limitación a la libertad contractual; el primero es de naturaleza económica, el segundo, jurídica. Dice Messineo[85] que puede pactarse en el contrato de suministro que la exclusividad sea a favor del suministrante, del suministrado o de ambas partes. Indicando que cuando se pacte exclusividad a favor del suministrante, implica que el suministrado está obligado a proveerse de lo que constituye el objeto del suministro, exclusivamente acudiendo al

---

[81] Alberto TRABUCCHI, op. cit., p. 293.

[82] En Colombia han fijado la duración hasta un plazo máximo de diez años (lo cual es excesiva), y para evitar que con la celebración de nuevos contratos con cláusula especial entre las mismas partes, y sobretodo objeto del mismo género, se eluda el término legal máximo, el inciso segundo del artículo 976 de su Código de Comercio establece que la duración de todas las cláusulas de exclusividad se regirán por el plazo del primer contrato. Si bien la intención es evitar distorsiones en el mercado y controversias jurídicas, esta limitación temporal afecta la planificación empresarial de los contratantes.

[83] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, pp. 191-194, equivocadamente considera que debe aplicarse por analogía el plazo señalado para el pacto de preferencia.

[84] Mario BAUNCHE GARCÍADIEGO, *op. cit.*, pp. 349-350.

[85] Francesco MESSINEO, *op. cit.*, p. 153.

suministrante. Cuando se establece a favor del suministrado, el suministrante no puede proporcionar a otro que no sea el suministrado, ni indirecta ni directamente el objeto del suministro.

Este pacto de exclusividad admite tres modalidades: en favor del suministrante, en favor del suministrado y en favor de ambos.

a) En favor del suministrante:

Regulado por el art. 1616, implica dos obligaciones de no hacer para el suministrado:

- No recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza. Doménico Barbero[86] indica que se abarcan las recepciones a título oneroso o gratuito, pero señala como excepción la aceptación de una herencia o legado.
- No proveerse con medios propios a la producción de las cosas objeto de la prestación. Como vemos, esta obligación se aplica exclusivamente al suministro de bienes a diferencia de la legislación colombiana que también lo utiliza para el suministro de servicios.

Respecto a las dos obligaciones, cabe pactar para un aprovisionamiento o producción parcial o temporal de suministrado, sea por terceros o por sí mismo, según sea el caso. Asimismo, se puede pactar para que el suministrado esté sujeto a una sola obligación.

b) En favor del suministrado:

Regulado por el art. 1617, implica dos obligaciones para el suministrante, una de no hacer y otra de hacer.

- No efectuar prestaciones de la misma naturaleza que aquellas que son materia del contrato, sea directa o indirectamente, en la zona de influencia económica del suministrado. Sobre está limitación espacial hay que señalar que lo manifestado líneas anteriores es la correcta interpretación al equivocado término usado por el Código Civil, «... en ningún otro lugar.», que en su literalidad implicaría un abuso del derecho por el suministrado.
- Comunicar a sus demás clientes la existencia de la exclusividad para que se abstengan de invadir la zona reservada al suministrado y adoptar las medidas necesarias para que, entre toda su clientela, se respeten mutuamente en sus derechos, no invadiendo la zona reservada por otro.

---

[86] Ángela María BAQUERO SARMIENTO, *op. cit.*, p. 108.

8.3. Cláusula de promoción

Consiste en que el suministrado asume la obligación de promover el objeto de las prestaciones del suministrante. Se aplica al suministro de bienes en propiedad. Su importancia aumenta cuando se pacta conjuntamente con el pacto de exclusividad. Al respecto, el art. 1618 establece una regla en caso de incumplimiento de este pacto por el suministrado: éste se responsabiliza por los daños y perjuicios aún haya satisfecho el contrato sobre la cantidad mínima pactada.

Messineo[87] explica que se busca evitar colocar al suministrante en la imposibilidad «de despachar el producto de su actividad de mediación o de fabricación, de acuerdo a la potencialidad mínima requerida por las exigencias técnicas que van insitas en la organización productiva». Y si no hubiera pacto de exclusividad, consideramos también aplicable la regla, la diferencia es que en este último caso le es más sencillo colocar lo no promovido al mercado.

Otro aspecto importante es lo que se denomina «cantidad mínima pactada», que implica un incumplimiento parcial pues ha vendido un mínimo de productos del suministrante[88].

En relación al plazo pactado, las partes quedan en plena libertad para fijarlo.

9. EL INCUMPLIMIENTO Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

9.1. El incumplimiento

Debido a que el contrato de suministro se caracteriza por ser de duración, los artículos 1619 y 1620 del Código Civil establecen algunas reglas particulares. Con relación al incumplimiento y la reparación de daños y perjuicios es de aplicación supletoria lo dispuesto en las normas pertinentes de los libros sexto y séptimo del Código Civil.

Asimismo, del caso de incumplimiento del pacto de promoción previsto en el artículo 1618 del Código Civil, tenemos en este tema dos situaciones particulares.

9.1.1 Incumplimiento de escasa importancia por el suministrado

Si el suministrado hubiera cumplido con su obligación, y ello no implica un daño económico significativo, el suministrante no puede suspender la ejecución de contrato sin dar un pre-aviso, a fin de evitar la interrupción del suministro y el consiguiente perjuicio al suministrado y al propio consumidor por razones intrascendentes. Ante esta circunstancia el suministrante puede optar entre continuar cumpliendo

---

[87] Mario BAUNCHE GARCÍADIEGO, *op. cit.*, p. 358.

[88] Según CASTILLO FREYRE, *Instituciones del Derecho Civil*, *op. cit.*, T. III, p. 2071, sería mejor el término «cantidad pactada».

sus prestaciones o aplicar la excepción de incumplimiento[89]. Si elige la segunda opción, el suministrante, para suspender la ejecución de la prestación a su cargo, debe comunicar previamente al suministrado su decisión de suspensión hasta que éste cumpla la prestación a su cargo o garantice su cúmplimiento.

La comunicación del suministrante debe ser oportuna, en razón de la equidad, aunque el artículo 1619 lo haya omitido, a diferencia de su antecedente italiano que sí lo contempla; si no fuera oportuno se podría causar daños y perjuicios considerables al suministrado, como señala Castillo Freyre.[90]

Al no ser imperativo el artículo 1619, cabe pactar en otro sentido[91], incluyendo la renuncia a ejercer este derecho de suspensión.[92]

9.1.2. Incumplimiento de importancia

Conforme lo establece el artículo 1620 del Código Civil, el incumplimiento de importancia sucede cuando una de las partes en el contrato de suministro determina que la otra puede pedir la resolución del contrato, sólo cuando se trate de un incumplimiento de importancia.

El fundamento radica en que el incumplimiento de una de las partes determina que la otra puede desconfiar en los próximos compromisos, perjudicando de esta forma en la producción de la parte que está pendiente de los bienes que necesita para su producción.

Finalmente, es bueno tener presente, que si plantea la resolución del contrato por un incumplimiento de importancia, el efecto es hacia el futuro, porque el contrato es válido para todas aquellas prestaciones realizadas con anterioridad a la fecha en que se plantea la resolución. Si la prestación incumplida por alguna de las partes fuese de importancia, la otra parte tiene el derecho a suspender la ejecución de la prestación a su cargo sin mediar trámite alguno.[93]

En cambio, si el incumplimiento ocasiona una disminución en la confianza del cumplimiento exacto de las futuras prestaciones, el artículo 1620 concede a la parte afectada el derecho a resolver el contrato.

---

[89] Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen XV, Segunda parte-Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 233-240, señala cinco requisitos para su procedencia: a) Existencia de un contrato de prestaciones recíprocas; b) Incumplimiento por el actor de su prestación; c) simultaneidad de cumplimiento; d) falta de incumplimiento del excepcionante; e) respeto a la buena fe.

[90] Mario CASTILLO FREYRE, *op. cit.*, pp. 2072 y 2073.

[91] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 195.

[92] Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *op. cit.*, p. 264.

[93] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p.195. Sólo trata este derecho para el suministrante.

Como bien señala, Arias-Schreiber,[94] el grado de importancia es una cuestión de hecho, discutible en la vía judicial o arbitral.

9.2. Extinción del contrato

Siguiendo a Torres Vásquez,[95] tenemos las siguientes formas de extinción del contrato de suministro:

9.2.1. Vencimiento del plazo de duración

Si el plazo es determinado, a su sólo vencimiento concluye el contrato; pero si la duración es indeterminada, cualquiera de las partes puede separarse del contrato mediante un aviso previo enviado en el plazo pactado o falta de pacto, dentro de un plazo no menor de treinta días, conforme lo dispuesto en el artículo 1613 del Código Civil. Se recomienda que el aviso previo de separación se efectúe por la vía notarial.

9.2.2. Resolución por incumplimiento

Además del caso estudiado del incumplimiento de importancia, consideramos que existen otros supuestos que también conceden a la parte afectada resolver el contrato, como cuando se produce imposibilidad.

Sobre la resolución, sólo produce efectos para las siguientes prestaciones, no respecto a las ya ejecutadas, pues cada prestación es una unidad jurídica aislable al resto.[96]

9.2.3. Otras formas de extinción

a) Mutuo disenso entre los contratantes.

b) Confusión en una de las partes de las calidades de suministrante y suministrado.

c) Por declaración judicial de nulidad, no produciendo efectos desde la celebración del contrato.

d) Rescisión, sea por lesión u otras causas existentes al momento de la celebración del contrato.

---

[94] *Id.*, p.195.

[95] Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *El contrato de suministro*, Cultural Cusco, Lima, 1988. pp. 211-213.

[96] Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, T. IV, *op. cit.*, p. 97.

Capítulo XXX
CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO

1. Orígenes y antecedentes. 2. Concepto y definición. 3. Objeto del contrato. 4. Naturaleza jurídica. 5. Características. 6. Elementos del contrato: personales y reales. 7. Derechos y obligaciones de las partes. 8. Clasificación de las tarjetas de crédito o modalidades. 9. El contrato de tarjeta de crédito en la legislación peruana. 10. Terminación del contrato.

1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES

A principios del siglo XX surge la tarjeta de crédito como un medio destinado a evitar la movilización del dinero en efectivo y a simplificar las actividades de los consumidores. Es al mismo tiempo un instrumento de crédito y un factor multiplicador de las ventas, por lo tanto, de la producción, el trabajo y la riqueza.

Las tarjetas de crédito se han hecho tan populares que sólo las clases extremadamente pobres no las tienen, convirtiéndose en un artículo de primera necesidad y no necesariamente en un bien suntuario. El arraigo de la tarjeta de crédito no sólo se ha dado en Europa y los Estados Unidos, sino en todo el mundo.

Es discutible el origen de la tarjeta de crédito. Hay quienes sostienen que se remonta a principios del siglo XX y que surgió en algunas naciones de Europa Occidental, aunque con una aplicación muy reducida. Según Sarmiento Ricausti el origen de la tarjeta de crédito se remonta a los países europeos, especialmente Francia, Inglaterra y Alemania.[1] Ahora bien, desde su origen en Europa hasta su

[1] Hernando SARMIENTO RICAUSTI, *La Tarjeta de Crédito*, Editorial Temis, Bogotá, 1973.

mayor desarrollo en los Estados Unidos de América, pueden distinguirse distintas etapas en la evolución de este sistema. Así, la tarjeta de crédito fue ideada a inicios del siglo XX –y en ello coinciden todos en afirmarlo– en el año 1914 específicamente, por prestigiosos hoteles europeos, quienes las entregaban para su uso exclusivo a sus clientes más distinguidos.

Así, conforme lo describe Sarmiento Ricausti:[2] «El sistema operativo era el siguiente: se entregaba a estos una credencial con la que podían cancelar los gastos de hospedaje y alimentación; periódicamente el hotel presentaba las facturas respectivas y eran canceladas a la vista. Como vemos, en este proceso tan solo intervenían dos partes: el hotel que concedía el crédito, y el cliente que lo utilizaba por un plazo fijo; el crédito era restringido a un grupo exclusivo de personas y el hotel corría con todos los riesgos de insolvencia.»

Este sistema se extendió luego a grandes almacenes, así como a estaciones de servicio, en los cuales los pagos eran efectuados mediante la presentación de la credencial otorgada por el establecimiento.

Lo que no se ha puesto en tela de juicio es que el auge de esta institución comienza a mediados de este siglo en los Estados Unidos, y desde allí se ha difundido masivamente por el mundo. Por medio de ellas el consumidor simplifica notoriamente sus operaciones, debido a que la tarjeta reemplaza al dinero en efectivo y a su vez constituye un instrumento importante de crédito, en la medida que difiera el cumplimiento de las obligaciones, pues generalmente no requiere hacer una previa provisión de fondos. Ofrece también seguridad al consumidor, dado que contrariamente a lo que ocurre en caso de pérdida o robo de dinero en efectivo, la tarjeta de crédito es reemplazable y frecuentemente se encuentra además amparado por un seguro.

El notable incremento que se ha producido en las ventas mediante la tarjeta de crédito puede llegar a magnitudes incalculables y generar problemas de carácter económico y financiero. Es por ello fundamental establecer hasta dónde llegan sus alcances y ventajas, haciendo notar que su desarrollo está ligado al incesante avance tecnológico de nuestros días.

Su empleo renace con fuerza en 1947, entregando algunas compañías ferroviarias y líneas aéreas tarjetas especiales que facilitaban la adquisición de sus pasajes. Este tipo de tarjetas se diferenciaban sustancialmente de las actuales existiendo sólo el emitente y el usuario, faltando el tercer sujeto que caracteriza a esta relación jurídica.

En 1949 empieza una nueva etapa con el empleo de la tarjeta denominada «Diners», que sirvió para el consumo en restaurantes y posteriormente amplió su

---

[2] *Id.*, pp. 9-10.

radio de acción a viajes, diversiones y adquisiciones en tiendas de gran volumen y en establecimientos de lujo.

Lo interesante de su creación es la aparición de una tercera persona dentro de la operatividad del sistema: La entidad financiera, la cual es la encargada de otorgar el crédito al cliente y además, agiliza los pagos a los establecimientos afiliados.

Inicialmente, el proceso fue privativo de los restaurantes, pero luego se extendió a las empresas aéreas y a los lugares de diversión. La idea fue entonces seguida y aparecieron en el mercado tarjetas como *American Express* y la *Carte Blanche*.

La participación bancaria fue sin embargo posterior, cuando ya se encontraban suficientemente desarrolladas las mencionadas entidades financieras. El Franklin National Bank of New York fue el primer banco comercial que emitió tarjetas de crédito en agosto de 1951, logrando su mayor auge en abril de 1952. Entre 1953 y 1954 casi cien bancos pequeños empezaron a emitir tarjetas de crédito, sin embargo, al poco tiempo, casi la mitad de ellos abandonaron el sistema dado que las ingentes ganancias esperadas nunca llegaron mientras que las pérdidas resultaron cuantiosas. Una de las mayores dificultades que enfrentó el sistema en sus inicios fue la actitud de los grandes almacenes titulares de los sistemas bilaterales, los cuales no ponían la fuerza cautiva de sus ventas al servicio del naciente negocio, lo que originó no pocas dificultades para su logro, pues sin el número suficiente de establecimientos afiliados, la aventura resultaba ser de algún modo riesgosa. Así, algunas empresas que incursionaron en la actividad tuvieron más tarde que alejarse en vista del fuerte predominio que aún mantenían las empresas que utilizaban el sistema en forma cautiva.

La situación descrita hizo que muchos bancos desistieran de intervenir en esta clase de operaciones, no obstante, dos grandes bancos sí estaban seguros de las bondades del sistema; y en 1958 y 1959 el Bank of America y el Chase Manhattan Bank introdujeron sus planes respectivamente. Más tarde otros bancos también siguieron la iniciativa, hasta que hacia fines de 1967 eran aproximadamente ochocientos los planes de tarjeta de crédito ofrecidos por la banca, con los que contaba los Estados Unidos, doscientos treinta y cinco de los cuales fueron concebidos entre 1958 y 1959. Cabe señalar que el Chase Manhattan Bank no obtuvo los resultados esperados y vendió su sistema de tarjeta de crédito en enero de 1962.

A partir de 1967 los planes que hasta entonces eran eminentemente locales comenzaron a extenderse fuera de los límites geográficos de la nación; así, la *American Express*, el Bank of America y la *Carte Blanche* fueron ofreciendo sus sistemas a otros bancos extranjeros cobrando a cambio de ello regalías.

En 1975 se creó Ibanco, entidad internacional destinada a dirigir y coordinar las funciones de la tarjeta azul, blanco y oro. En 1977 el *Bank American Card* fue sustituido por *Visa*, y en 1979 Interbank cambió el nombre de *Master Charge* por el de *MasterCard*.

Pero no sólo fueron los bancos quienes emitieron tarjetas de crédito. En efecto, diversas corporaciones comerciales e industriales, o dedicadas a otras actividades, así lo hicieron. Tenemos como ejemplos la Hilton, para el pago de hospedaje y servicios en su conocida cadena hotelera; la Hertz, con fines de turismo, la Ford, para la adquisición de repuestos de vehículos, etc.

En el Perú este novedoso instituto ingresa en el año 1968 a través del *Diners Club*, la cual se constituye como persona jurídica de derecho privado, tal como hasta ahora se le conoce en el mercado. La tarjeta de crédito bancaria no se hizo esperar, y 10 años después se instituye en el Perú *Bancard*, empresa que fue respaldada por el desaparecido Banco Comercial del Perú y que representaba los sistemas internacionales de crédito *Visa* (en sus inicios *Bankamericard*) y *MasterCard* (en sus inicios *Master Charge*).

Finalmente, en el Perú la gran expansión del dinero plástico se inició en 1996. Apuntalado por el ingreso de la banca extranjera, los grandes almacenes y el desarrollo de cadenas de comercio, el número de tarjetas de crédito se incrementó hasta superar las 800 mil en 1998.

En suma, la industria bancaria ha experimentado tres períodos de crecimiento en los planes de tarjeta de crédito:

1) Entre 1953 y 1954 casi cien bancos pequeños de los Estados Unidos dieron inicio a sus planes, pero con resultados negativos;
2) Durante los años 1958 y 1959 se inició una nueva etapa, cuando los grandes bancos empezaron a montar sus sistemas, si bien con tropiezos iniciales, pero que fueron superados gracias al respaldo financiero de ellos; y,
3) A partir de 1967 se consolidó el sistema, extendiéndose a tal punto, que traspasó las fronteras de los Estados Unidos, presagiándose un aumento cada vez mayor.

Pueden distinguirse tres etapas en la evolución del instituto:

La primera etapa en la evolución del sistema de la tarjeta de crédito supone en la institución un carácter bilateral entre la empresa vendedora de bienes o prestadora de servicios, que otorgaba la financiación y, por otro lado, el cliente, consumidor de aquellos bienes o servicios.

El sistema de tarjetas de crédito surgió así como una relación bilateral entre el tarjetahabiente y el emisor, que siempre era el mismo proveedor, como una respuesta de las empresas a la mayor demanda de atención de sus clientes, atención que por cierto incluía el crédito. En esta primera manifestación del sistema, era la empresa la que frente al consumidor prestaba el servicio, otorgaba la financiación, asumiendo también el riesgo y los consiguientes beneficios de tal financiación; el consumidor o cliente, por su parte, era la persona que demandaba y se beneficiaba de dichos servicios. En el aspecto operativo el cliente efectuaba pagos mensuales de carácter rotativo, los que al mismo tiempo de extinguir en parte su

obligación, liberaban derechos o cupos para poder consumir nuevamente hasta el límite concedido.

El sistema descrito aún es conservado por ciertos establecimientos de gran clientela y alto capital que les posibilita dar este género de servicios sin necesidad de contar con empresas especializadas. No obstante, la mayoría de estos establecimientos han adoptado también el sistema general de la tarjeta de crédito, el cual surgió como un negocio autónomo, distinto y no necesariamente vinculado a proveedor alguno, y que fácilmente puede distinguirse del sistema rotativo de la fase original, por la presencia plurilateral de los miembros intervinientes en la relación, los que al inicio sólo fueron dos y luego se incrementan.

La segunda etapa se inicia en 1949, al irrumpir en el mercado norteamericano. La primera empresa que tenía como objeto específico la emisión de tarjetas de crédito, *Diners Club*, dando origen así a la faz pluralista o multiforme del instituto que hemos adelantado. Si bien en su inicio comprendía sólo determinados bienes, poco a poco fue extendiéndose a diversos rubros llegando incluso a traspasar las fronteras de los Estados Unidos. Fue tan grande el éxito, que otra empresa, originalmente prestadora de servicios turísticos, decidió incorporar el nuevo sistema en sus operaciones, naciendo la tarjeta de crédito *American Express*.

Finalmente, la tercera etapa se inicia con la incorporación de las entidades bancarias al sistema, siendo la primera entidad la que lanza una tarjeta de crédito, el Franklin National Bank of New York, seguido por el Bank of America, emisor de la *Bankamericard*. Posteriormente lo hizo el Chase Manhattan Bank, el cual sin embargo vendió el sistema hacia 1962, ante la imposibilidad de lograr un considerable volumen de operaciones.

2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

El art. 3 del Reglamento de Tarjetas de Crédito del Perú[3] establece específicamente que: «mediante el contrato de tarjeta de crédito la empresa concede una línea de crédito al titular por un plazo determinado y expide la correspondiente tarjeta con la finalidad de que el usuario de dicha tarjeta adquiera bienes o servicios en los establecimientos afiliados que los proveen o, en caso de solicitarlo, y así permitirlo la empresa emisora, hacer uso del servicio de disposición de efectivo u otros servicios conexos, dentro de los límites y condiciones pactados, obligándose, a su vez, a pagar a la empresa que expide la correspondiente tarjeta el importe de los bienes y servicios que haya utilizado y demás cargos, conforme a lo establecido en el respectivo contrato.» Cabe señalar que la tarjeta de crédito fue inicialmente reglamentada por Resolución Nº 355-93-SBS, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de julio de 1993.

[3] Resolución SBS Nº 271-2000 del 23 de abril del 2000.

Existen variadas definiciones de la tarjeta de crédito que han sido emitidas en distintos países por distintas personalidades:

En la doctrina nacional Mila Guillén Rispa se refiere sustancialmente a los efectos del contrato y señala: «...es aquél que permite que un establecimiento comercial venda al contado y que el usuario pague con facilidades, porque es un banco o entidad emisora la que asume el pago inmediato de las compras realizadas en el establecimiento.[4]

Según Alfonso E. Vitale[5], la tarjeta de crédito es un instrumento emitido en virtud de un convenio, según el cual el emitente otorga al titular de la cuenta la facultad de obtener crédito del mismo emitente o de otra persona en las compras o arrendamiento de bienes o servicios, obtención de avances de efectivo o en cualquier otra operación realizada por su portador legítimo con el mismo emitente, instituto corresponsal o en un establecimiento afiliado y mediante la transmisión de la información contenida en ella oralmente, por escrito, por medios mecánicos o electrónicos o de cualquier otra forma.

Fargosi[6] la califica de «relación jurídica compleja», encuadrable como contrato de crédito, siendo la tarjeta propiamente dicha un documento probatorio de la relación, que se presenta como una asunción privativa de deuda.

Para Cogorno[7] el «Credit Card» es un contrato complejo de características propias que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo mediante la promesa previa, formulada a la entidad emisora, de abonar el precio de sus compras en un plazo dado por esta última, la que se hará cargo de la deuda abonando inmediatamente el importe al vendedor previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos por acercamiento de la demanda.

Según Farina[8], la tarjeta de crédito es un documento nominativo, legitimante, intransferible, cuya finalidad es permitir al usuario beneficiarse con las facilidades de pago pactadas con el emisor y las resultantes del contrato celebrado entre éste y el proveedor del bien o servicio requerido por aquél. La empresa emisora de la

---

[4] Mila GUILLÉN RISPA, «El Contrato de Tarjeta de Crédito en el Perú», en *Revista Peruana de Derecho y de la Empresa*, Nº 46, 1996, p. 165.

[5] Alfonso E. VITALE, «Papel de Trabajo para un Proyecto de Reforma del Código de Comercio Venezolano».

[6] Horacio FARGOSI, «Esquicio sobre las tarjetas de crédito», *Revista La Ley*, T. 142, Buenos Aires, p. 933.

[7] Eduardo Guillermo COGORNO, *op. cit.*, pp. 205 y *ss*.

[8] Juan M. FARINA, *op. cit.*, p. 570 y 571.

tarjeta estipula con el cliente la apertura de un crédito a su favor a efectos de que éste adquiera bienes o servicios en determinados establecimientos adheridos al sistema con los cuales, a su vez, la empresa tiene pactada una respectiva comisión. La tarjeta de crédito es emitida a favor del usuario, y es el documento indispensable para ejecutar el haz de derechos que surgen en la relación trilateral conformada sobre la base de la celebración de dos contratos, a saber: entre la emisora con la persona a quien se le entrega la tarjeta de crédito y entre la emisora y el comerciante.

En definitiva, se puede afirmar que la tarjeta de crédito constituye un conjunto de múltiples relaciones de diversa índole, por lo que resulta inapropiado pretender definirla sin tener en cuenta esa multiplicidad. Es necesario por ello atender a cada una de las relaciones.

- Desde el punto de vista de la relación entre el emisor y el titular, la tarjeta de crédito es un contrato por el cual una empresa especializada estipula con el cliente la apertura de un crédito a su favor, a efectos de que con la tarjeta efectúe compras o satisfaga servicios.
- Desde el punto de vista de la relación entre la entidad emisora y el comerciante o proveedor, la relación jurídica consistirá en el compromiso, por parte de la primera, de satisfacer el pago resultante de operaciones celebradas por titulares de la tarjeta, a cambio de una comisión preestablecida.
- Desde el punto de vista de la relación entre el comerciante y el titular de la tarjeta, ésta constituirá un verdadero medio de pago de los bienes y servicios que se adquiera.

En su aspecto material, la tarjeta de crédito es una laminilla de plástico grabada con los datos de una persona, generalmente con una cinta magnética incorporada, que la faculta a recibir de otras personas físicas o jurídicas mercancías o servicios a su presentación, y mediando la firma de formularios a la orden de quien expidió la laminilla. En el mercado suele denominársele «dinero plástico».

Según el aspecto material de la tarjeta, es interesante mencionar la opinión de Bullrich[9], quien la caracteriza como «el título de identificación y crédito, intransferible, insuficiente e incompleto, necesario para ejecutar el haz de derechos que el mismo tácitamente simboliza». Esta definición pretende denotar que la tarjeta, en cuanto laminilla de plástico, no es más que un reflejo o símbolo de una red de complejas relaciones jurídicas y de ningún modo constituye un instrumento autónomo con vida propia.

---

[9] Santiago BULLRICH, *La Tarjeta de Crédito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1971, p. 35.

3. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto de la tarjeta de crédito debe ser contemplado teniendo en consideración las diversas relaciones que se crean entre las partes intervinientes en el sistema.

Desde el punto de vista de la relación entre la entidad emisora de la tarjeta y el usuario de la misma, podemos afirmar que el objeto constituye, para el usuario, la posibilidad de tener un crédito para su eventual utilización en la adquisición de bienes y servicios. Para el emisor, por su parte, la finalidad del contrato radica en el beneficio resultante del cobro del canon fijado.

Según Edgardo Guillermo Cogorno, la finalidad de este contrato es la facilitación de las compras mediante el otorgamiento de un crédito y que además posee características propias que lo hacen diferente de los demás:

I. No se le da al usuario suma alguna de dinero sino la posibilidad de adquirir bienes o servicios.

II. La adquisición de bienes y servicios sólo puede realizarla el comprador en lugares previamente determinados.

III. La prestación de servicios y la entrega de bienes la realiza un tercero, a quien no une ningún vínculo previo con el usuario.

IV. El crédito se puede utilizar o no, y puede o no tener límite, no pagándose por él interés alguno.

Sin embargo, cabe precisar que el crédito concedido bien puede ser empleado tanto para gastos superfluos como para gastos de gran cuantía, dependiendo del tipo de tarjeta que se trate y del límite máximo del crédito concedido.

Desde el punto de vista de la relaciones entre el emitente y el proveedor afiliado; para este último el fin del contrato radica en ampliar su mercado, incorporando a los titulares de la tarjeta entre sus potenciales clientes al ofrecerles las ventajas que el sistema brinda. Para el emisor el contrato tiene la finalidad de proporcionarle el beneficio de una comisión sobre el monto de la facturación del comerciante afiliado.

En lo referente a la relación entre el usuario de la tarjeta y el comerciante afiliado, el objeto vendría a ser la adquisición de bienes o servicios sin que medie el desplazamiento de dinero en efectivo.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE EMISIÓN DE TARJETA

Resulta necesario aclarar que cuando se habla comúnmente de tarjeta de crédito no se esta haciendo referencia a un contrato sino a un mero elemento de identificación. La tarjeta no es un contrato, sino el efecto de un contrato, ya que se emite por la entidad emisora en cumplimiento de un contrato celebrado previamente con el cliente.

Un título es un instrumento que vale por sí mismo, pues incorpora en su propia materialidad su valor económico y el valor jurídico de reclamar su pago o la contraprestación de que se trate por la sola propiedad de su titular, sin necesidad de exhibir otra causa que le otorgue validez. No ocurre esto con la tarjeta de crédito, pues la misma necesita como condición ineludible de validez estar soportada por un contrato. Tal contrato da facultades al emisor para suspender o anular la tarjeta a su criterio, lo cual es incompatible con la naturaleza de un título. Asimismo, la tarjeta tiene plazo de caducidad y es renovable automáticamente.

Por último, la tarjeta de crédito no pertenece en propiedad a quien la usa. Los contratos de emisión de tarjeta estipulan, por una necesidad operatoria propia, la propiedad de la tarjeta por parte de su emisor. El usuario es un mero tenedor de la tarjeta y prueba de ello es que la reposición de una tarjeta perdida se cobra al usuario con el valor material de la misma.

En síntesis, la tarjeta no es causa jurídica, no genera derechos ni obligaciones, sino que es en sí una consecuencia jurídica cuya causa es un contrato. Este es el que genera los derechos y obligaciones del usuario y del emisor. Ha quedado de las distinciones anteriores que la tarjeta es un mero elemento identificatorio de quienes son contratantes de un sistema de tarjeta de crédito, pero se caracteriza por cumplir funciones operativas y simbólicas. En general la doctrina se divide entre quienes sostienen que es un contrato y quienes afirman que es un título.

En cuanto a contrato, se ha dicho que es una especie dentro de los contratos de crédito, que es un instrumento de crédito basado en un contrato de apertura de crédito, o que es una carta de crédito. En cuanto a título, se ha dicho que es un título de valor impropio basado en un negocio jurídico unilateral financiero, o que es un título de identificación y crédito, intransferible, insuficiente e incompleto, y necesario para ejecutar el haz de derechos que simboliza y que corresponde considerarlo como un papel de comercio.

La relación jurídica contractual que nace entre el emisor y el titular de la tarjeta es compleja y se ampara en un contrato al que denominamos contrato de emisión de la tarjeta por el cual, el emisor concede al titular la facultad de disfrutar de diversos servicios, principalmente financieros, mediante un instrumento denominado tarjeta de pago. El emisor de la tarjeta atribuye esta facultad al titular a cambio de una o más contraprestaciones que libremente estipulan. Las diferencias entre la tarjeta de crédito y la tarjeta de débito son obvias. Sin embargo, la mayoría de contratos de emisión y uso de tarjeta establecen cláusulas comunes para ambas modalidades de tarjeta.

Se tratará, en muchos casos, de contratos; la aplicabilidad de cuyas distintas cláusulas dependerá de los servicios contratados y la condición del emisor y del titular, pero la relación jurídica básica se mantendrá a pesar de que las funciones que tengan asignadas las tarjetas sean distintas. Incluso las marcas de tarjetas internacionales de viaje y entretenimiento (*travel & entertainment)* han llegado a

convenios con entidades de créditos para poder ofrecer la modalidad a débito, con lo que sus contratos que en un inicio eran exclusivamente de tarjetas de crédito o pago diferido, han pasado a contemplar también el pago inmediato.

Existe una gran diversidad de teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de este complejo contrato, así como de precisar qué tipo de relación existe entre cada uno de los sujetos que intervienen.

Siguiendo a Arias-Schreiber, debemos precisar la existencia de las siguientes teorías:

a) Teoría de la asignación: Según la cual el asignante (en este caso el usuario) da una orden al asignado (léase entidad financiera) para efectuar un pago a un tercero denominado asignatario (entiéndase proveedor). Esta teoría no cumple con definir la característica de la relación existente entre los sujetos del contrato, pues no es simplemente una orden la que debe cumplir la entidad financiera. Esta teoría no explica la relación existente entre la entidad emisora y el proveedor, ni entre la entidad emisora y el usuario. La relación es mucho más compleja.

b) Teoría de la asunción de la deuda: Según la cual la entidad emisora asume la deuda. El usuario compra ahora y paga después. Al pagar, la entidad emisora desobliga al usuario. Esta teoría también resulta incompleta, porque no explica la relación existente entre la entidad emisora y el usuario, toda vez que no se produce una liberación del usuario frente al comerciante. La obligación de la entidad emisora y de cada uno de los sujetos que interviene en el contrato se encuentra condicionada a una serie de requisitos que no pueden ser explicados satisfactoriamente por esta teoría.

c) Teoría de la apertura de crédito: Sostenida en la legislación mejicana, mediante la cual se señala que el tarjeta habiente al suscribir un *vaucher* realiza un reconocimiento de deuda. Paralelamente, la entidad emisora conviene con el comerciante afiliado una promesa de cesión de deuda. Finalmente, la apertura de crédito permite obligar a los usuarios. Sin embargo, pese a su gran desarrollo, los tratadistas consultados consideran que esta teoría no explica la relación existente entre la entidad emisora y el comerciante afiliado.

d) Teoría de la interrelación múltiple: Era la teoría aceptada y compartida por el Dr. Arias-Schreiber, que establecía que en la tarjeta de crédito existen tres relaciones jurídicas y se desarrolla más adelante.

La tarjeta de crédito crea una triplicidad de relaciones, las mismas que encuentran su origen en la existencia de dos acuerdos por adhesión (entidad emisora-usuario y entidad emisora-proveedor) que se integran y coordinan en su finalidad por medio de la continuada ejecución de los distintos actos que ejecuten los otros dos polos del acuerdo, es decir, el proveedor y el usuario.

Ahora bien, frente a esta pluralidad de relaciones interconectadas a fin de cumplir la finalidad económica perseguida por la figura, veamos cómo se ha intentado definir su naturaleza jurídica, destacando, con tal propósito, las principales posiciones que la doctrina ha esbozado al respecto:

a) La tarjeta de crédito como medio de pago

Dado que como generalmente se ha señalado, la tarjeta de crédito cumple una función económica, la de sustituir al dinero en el pago y una función jurídica, la de pagar y extinguir las obligaciones contraídas, se busca explicar su naturaleza jurídica entendiendo a la tarjeta de crédito como un medio de pago. Esta posición, no obstante ser trascendente, está orientada tan sólo a un punto clave de las relaciones que genera el instituto, prescindiendo en exceso del estudio de las demás relaciones implicadas en su funcionamiento, razón por la cual es desestimada.

No obstante ello, el afirmar que la tarjeta de crédito constituye un medio de pago, nos lleva necesariamente a explicar cuál es la verdadera naturaleza del pago efectuado mediante el empleo de una tarjeta de crédito.

a.1) El pago mediante tarjeta de crédito

Para explicar este tema que consideramos trascendente, atendiendo a las consecuencias que de la posición asumida se deriven, estimamos conveniente precisar algunas cuestiones que se desprenden de lo ya desarrollado hasta estas líneas. Así, podemos decir, que el propósito principal perseguido por el complejo de relaciones que integran el sistema de la tarjeta de crédito es el de contar con un medio de pago de obligaciones de dar sumas de dinero, cómodo, rápido y seguro, en el cual no opera la entrega material de una suma de dinero ni tampoco la entrega de alguno de los documentos a que se refiere el art. 1233 del Código Civil.[10]

Cabe señalar al respecto que si bien no opera la entrega material de una suma de dinero, una de las principales características de la tarjeta se funda en que su empleo no genera la modificación de la prestación adeudada. En otras palabras, implica la entrega de la misma cosa debida al acreedor, es decir, al establecimiento, el cual en pago de los bienes entregados o servicios prestados recibirá lo mismo, no algo distinto. Lo que ocurre es que el acreedor no recibirá al tiempo de cumplirse la obligación, directamente la cantidad de dinero estipulada, lo que no implica que el contrato celebrado entre el establecimiento y el usuario pase a ser un tipo contractual diferente.

---

[10] «Art. 1233.- La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.»

Sobre el particular, debe resaltarse que el acreedor queda obligado jurídicamente a admitir la tarjeta como medio de pago en virtud del convenio de afiliación celebrado con la entidad emisora de la tarjeta, conforme al cual si ésta reúne todos los requisitos exigidos para su validez, no puede negarse a aceptarla en el momento en que se le presente.[11]

Otro aspecto importante de mencionar a los efectos de explicar cómo se produce el pago de las obligaciones dinerarias mediante el uso de tarjetas de crédito, es la calificación de la tarjeta como título valor en los términos referidos por el art. 1233 del Código Civil. Recordemos al respecto lo señalado en el capítulo precedente, en el sentido de considerar a la tarjeta como tal como un título representativo de un crédito[12], esto es, el derivado de las relaciones contractuales que subyacen en la misma, mas no como un título valor propiamente dado que, básicamente, no ostenta la característica esencial de tales títulos: su transmisibilidad.

El crédito incorporado en la tarjeta supone la exigencia de cumplir un determinado comportamiento, cual es la sustitución de la entidad emisora en la posición pasiva de la relación obligatoria surgida entre el establecimiento y el titular de la tarjeta. Así: «En términos jurídicos más estrictos, que la entidad emisora y/o gestora se coloque en la posición jurídica pasiva –deudora– del titular de la tarjeta en la relación obligatoria, exclusivamente referente al pago del precio (suma dineraria), surgida del contrato realizado entre el titular de la tarjeta y la persona (establecimiento mercantil) ya individualizada que, en virtud del contrato de admisión de la tarjeta como medio de pago, está obligada con el emisor y/o gestor, a consentir dicha modificación en la posición jurídica deudora y a aceptar la tarjeta en el momento del pago».[13]

Al concluir el proceso, el pago de la obligación se hará en dinero, pues conforme ya se ha señalado, el uso de la tarjeta de crédito no implica la modificación objetiva de la prestación adeudada: dinero.

---

[11] Cabe incluso, desde otra perspectiva, anotar al respecto lo estipulado en el art. 21 del Decreto Legislativo Nº 716 sobre Protección al Consumidor, norma que establece: «El precio a considerar a efectos del pago con tarjeta de crédito será el precio al contado; el proveedor deberá informar, previa y expresamente, la existencia de cargos adicionales. Toda oferta, promoción, rebaja o descuento exigible respecto de la modalidad de pago al contado, será también exigible por el consumidor que efectúa pagos mediante el uso de tarjetas de crédito, salvo que se ponga en conocimiento adecuadamente al consumidor, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa, lo contrario».

[12] La tarjeta es «un título de legitimación, representativo de un crédito y que permite -dados sus caracteres- identificar a su portador (titular) y también -aunque no se diga expresamente- al emisor y/o gestor de la misma». María del Carmen GETE-ALONSO, *El pago mediante tarjetas de crédito*, La Ley, Madrid, 1990, p. 174.

[13] *Id.* pp. 174-175.

Ahora bien, existe de otro lado una diferencia esencial respecto de la solución establecida por el art. 1233 del Código Civil, pues tratándose del pago mediante tarjeta de crédito, al existir una dualidad de relaciones contractuales (entre el establecimiento y el ente emisor y entre éste y el usuario), las mismas que se hallan unidas por un sinalagma bilateral y funcional, ya anticipadamente se ha acordado el efecto extintivo de la obligación surgida entre establecimiento y usuario así como el efecto liberatorio del deudor de dicha obligación que ha sido objeto de pago mediante el uso de la tarjeta.

Así, y siempre que se hayan cumplido los requisitos exigidos para la utilización de la tarjeta de crédito, el pago con ella efectuado tiene la virtud de liberar al deudor de la obligación contraída con el establecimiento comercial; no ocasionando, sin embargo, la satisfacción del acreedor ni la extinción de dicha relación obligatoria. En suma, de los tres efectos del pago: liberatorio, extintivo y satisfactivo, sólo el primero es el que se produce mediante el empleo de la tarjeta de crédito. La satisfacción del acreedor se producirá cuando el ente emisor le abone el importe de las operaciones efectuadas, y respecto de la extinción de la obligación, ésta operará, pero no como consecuencia del pago, sino como resultado de la sustitución del titular por el ente emisor en la posición pasiva de la relación obligatoria surgida primitivamente entre aquél y el establecimiento comercial. En otras palabras, la obligación primitiva se extingue y surge otra objetivamente idéntica pero subjetivamente distinta por el cambio operado en la posición deudora, encontrándonos frente a lo que conocemos como una novación subjetiva por cambio de deudor[14].

En consecuencia, y a diferencia de lo prescrito por el art. 1233, no queda en este caso en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva, ya que ésta –la obligación– se extingue, siendo reemplazada por una nueva relación obligatoria, objetivamente idéntica a la anterior, pero diferente subjetivamente, en virtud del cambio operado en la posición pasiva o deudora.

Por otra parte, al haber quedado liberado plenamente el titular de la tarjeta –deudor–, la entidad emisora no podrá oponer al establecimiento comercial respecto del pago invocado ninguna excepción derivada de la relación contractual entre éste y el titular de la tarjeta. Únicamente podría alegar el incumplimiento de parte del establecimiento de las prescripciones o exigencias derivadas de la relación contractual entre ellos existente.

En definitiva, la extinción de la deuda y la consiguiente satisfacción del acreedor se producirá en el momento en que el ente emisor pague al establecimiento, pago que se hará efectivo en dinero.

---

[14] Recalcamos, la obligación originaria queda así extinguida, pero no en virtud del pago efectuado mediante la tarjeta, sino en virtud de la novación subjetiva operada.

a.2) La tarjeta de crédito como sustituto del dinero

Se dice corrientemente que la tarjeta de crédito es un sustituto del dinero, en la medida que posibilita a sus titulares la adquisición de bienes y servicios, sin necesidad de portar dinero en efectivo; afirmación que no debe llevarnos a entender que dicha sustitución implique eliminar al dinero del pago de las obligaciones de dicha especie, pues jurídica y técnicamente en realidad no puede hablarse de una verdadera sustitución del dinero, ya que conforme se ha expresado, la única sustitución que se produce en la relación obligatoria es la de la posición jurídica pasiva, es decir, deudora, mas no la del objeto comprometido, el cual continua siendo dinero. Al respecto, resulta más adecuado señalar que la tarjeta de crédito es un medio o instrumento de pago, mas no un sustituto del dinero.[15]

b) La tarjeta de crédito como un caso especial de corretaje

Bajo esta perspectiva algunos autores consideran, atendiendo a su operatividad, que la tarjeta de crédito sería una forma especial de corretaje. El corretaje, como es conocido, «es la operación de mediación por la cual una persona –corredor o intermediario– pone en relación a dos personas entre sí con miras a la celebración de un contrato, haciendo de ello su profesión habitual»[16]. Se trata, pues, del *courtage* propio del derecho francés, y fue justamente Chabrier, un autor francés quien, en el caso de la tarjeta de crédito entendió que la entidad emisora, vértice donde confluyen las adhesiones al sistema por parte de los otros sujetos integrantes del mismo, realizaba una función de acercamiento e intermediación que permitía, básicamente a través del mecanismo de listados, conectar a los usuarios y proveedores adheridos al acuerdo. Se trataba así de una forma especial de corretaje, en la cual la figura del corredor estaría representada por el emisor de la tarjeta, quien se encargaría de acercar al usuario y al establecimiento afiliado.

La propuesta de Chabrier no queda del todo descartada, dado que en el sistema existe una suerte de intermediación financiera propuesta por el banco al usuario de la tarjeta y al establecimiento afiliado; sin embargo, al respecto se han señalado importantes diferencias. Así, por una parte, si en el sistema de tarjetas de crédito lo que interesa fundamentalmente es conceder créditos y prestar servicios de pago, en cambio en el corretaje el corredor acerca a los contratantes, mas no otorga crédito alguno ni tampoco actúa como ente pagador. De otro lado, mientras el corredor no responde de la solvencia de los contratantes, y no está en condiciones de garantizar los acuerdos hechos con su intervención, tales circunstancias son inherentes a la operatividad y a la funcionalidad propia de la tarjeta de crédito.

---

[15] Cfr. María del Carmen GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 175.

[16] Roberto MUGUILLO, *Tarjeta de crédito, régimen legal, doctrina, jurisprudencia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 61.

Finalmente, además de lo dicho, esta posición centra su análisis fundamentalmente en la función que cumple la entidad emisora, restando la importancia que merece igualmente atribuirse a la misión que cumplen los usuarios y establecimientos al relacionarse mutuamente.

c) La tarjeta de crédito como un caso de asunción privativa de deuda

Esta posición ha sido sostenida entre otros por el jurista argentino Fargosi, quien ha empleado la tesis de la asunción privativa de deuda para explicar la forma cómo opera una de las relaciones jurídicas surgidas del sistema de tarjeta de crédito: la relación entre la entidad emisora y el establecimiento afiliado.

Sobre el particular cabe señalar, en principio, que la figura de la asunción de deudas no está recogida en nuestra legislación sustantiva, lo cual, sin embargo, no sería, evidentemente, un obstáculo para su aplicación.

Dicha figura, la asunción privativa de deudas, supone que la relación obligatoria primitiva –la existente entre el titular de la tarjeta y el establecimiento comercial– no se extingue, sino que tan sólo quien asume la deuda –la entidad emisora– se coloca en la posición pasiva de la relación, es decir, la que correspondía al deudor originario –el titular de la tarjeta–. Lo que cambia, por tanto, es la titularidad pasiva de la obligación.[17]

En esta teoría, si bien en términos generales no difiere de lo anteriormente explicado respecto del modo como opera el pago mediante el empleo de tarjetas de crédito, existe sí una diferencia sustancial respecto a los efectos generados en la relación obligatoria primitiva y ello, dado que si estimamos cierta la tesis que ve en este mecanismo la existencia de una asunción privativa de deuda, la obligación originaria entre el establecimiento comercial y el usuario no se extinguiría; en cambio, si asumimos que lo que opera es una novación subjetiva, es indiscutible que la obligación original fenecería.

En el primer supuesto, ello implicaría que la entidad emisora pudiera oponerle al establecimiento comercial las excepciones que pudieran derivarse de su relación frente al titular de la tarjeta, lo mismo que el establecimiento respecto del emisor podría oponerle las derivadas de sus relaciones con el titular de la tarjeta. No pareciera ser esa la intención de quienes intervienen en el sistema operativo

---

[17] Al respecto, es dable citar la opinión de SANTOS BRIZ (*Derecho Civil. Teoría y práctica*, T. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978-79, p. 182), refiriéndose a la novación subjetiva y a la asunción de deuda: «E) Novación subjetiva por cambio de deudor. Puede ser esta variedad de novación, extintiva de la obligación anterior o bien meramente modificativa, en cuyo caso se habla de 'asunción de deuda'... La novación propia por cambio de deudor extingue la obligación anterior y da nacimiento a otra nueva. Puede operarse por *delegación* del primitivo deudor en el nuevo (novación por delegación) consintiéndolo el acreedor, o bien por convenio entre acreedor y nuevo deudor sin necesidad de intervención del deudor originario (novación por *expromisión*)».

de la tarjeta de crédito; pero independientemente de indagar cuál sería la real intención de las partes; estimamos, conforme lo expresado anteriormente, que nos hallamos en realidad ante un supuesto de novación subjetiva.

Finalmente, y al margen de compartir o no el sentido de esta posición, consideramos que la misma tampoco resistiría un análisis exhaustivo, ya que está orientada a explicar tan solo una perspectiva del sistema, cual es la relación del emisor con el afiliado, conforme lo dijéramos al inicio, ignorando por cierto la relación emisor-usuario, «pues parece desprenderse de ella que la tarjeta ha sido hecha en exclusivo provecho del comerciante o afiliado y no presta utilidad alguna al usuario».[18]

d) La tarjeta de crédito como especie del contrato de crédito

De acuerdo a esta posición, se sostiene que la tarjeta de crédito supone un contrato de crédito, pues tiene como objetivo brindar financiación al consumidor o usuario.

Esta teoría no ha sido aceptada por incompleta, pues aun cuando es verdad que reconoce la relación que se crea entre el usuario y el emisor, deja de lado la que surge entre éste último y el afiliado. En otras palabras, lo que hace es identificar la naturaleza jurídica de la relación que une a la entidad emisora de la tarjeta con el titular de la misma, mas no la del complejo de relaciones que el sistema en conjunto determina, confundiendo la naturaleza jurídica del sistema con la de una de las relaciones que forma parte del mismo.

e) La teoría de la interrelación múltiple

Esta teoría es acogida por Arias-Schreiber, quien al respecto señala: «Según la teoría de la interrelación múltiple, que es la que nosotros compartimos, la tarjeta de crédito no sólo fue creada para beneficio de unos y perjuicio de otros, y llena un vacío creado por el avance de la cibernética. Toda actividad humana supone interacción, y la tarjeta no es una excepción. La relación de los tres elementos personales consiste en una de carácter múltiple e igualitario. Las tres partes que intervienen actúan dentro de un plano de consideraciones legales teóricamente paritarias. Es debido a lo expresado que las teorías anteriores han resultado inexactas, pues sólo contemplan una parte de la relación y omiten la otra o ni siquiera la perciben».[19]

Ahora bien, continúa el autor mencionado[20] señalando que, de acuerdo a la sincronía de las relaciones, la primera que surge es la relación emisor-usuario

---

[18] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, Contratos Modernos, Ed. Gaceta Jurídica, T. II, p. 25.

[19] *Id.*, p. 26.

[20] Cfr. *id.*, pp. 26-29.

y, en tal sentido, se trata sin duda de una apertura de crédito. En una segunda relación se encuentran el emisor y establecimiento afiliado, produciéndose allí, a su entender, una promesa de asunción de deuda, mientras que la tercera relación, calificada de «motor del sistema», es la que se establece entre el usuario y el establecimiento afiliado, la cual puede revestir las más diversas formas contractuales.

De lo dicho, concluye el citado autor, que en la tarjeta de crédito se presenta una relación múltiple, que se deriva de la triple situación personal que se configura al realizarse una compra o satisfacerse un servicio, situación de la cual a su vez se desprende que la tarjeta de crédito es una institución compleja, que no tiene una naturaleza jurídica clásica.[21]

Al respecto, consideramos que esta posición constituye un avance por cuanto contempla al instituto considerando la pluralidad de relaciones que él mismo genera, a diferencia de lo acontecido con las opiniones anteriormente reseñadas. Si bien no compartimos el criterio de considerar bajo los efectos de una asunción de deuda la relación existente entre el emisor y el establecimiento afiliado, estimamos que el afirmar que el comportamiento de los sujetos intervinientes genera una relación de carácter múltiple e igualitario, situándose los mismos en una posición por lo menos teóricamente paritaria; representa, como ya lo expresáramos, un buen indicio de una comprensión integral del sistema.

En La teoría de la interrelación múltiple existen tres relaciones jurídicas:

- La primera relación es la que se establece entre el usuario y la entidad emisora. En este aspecto, se señala que se trata de una «apertura de crédito». En esta apertura de crédito hay etapas: La primera es la de formalización del contrato, que es aquella en la que estos participantes suscriben el respectivo contrato y se pactan las condiciones del mismo, poniéndose a disposición del usuario una línea de crédito, que puede o no ser utilizada. La segunda etapa es la de ejecución del contrato, que es aquella en la cual el usuario hace uso de la tarjeta de crédito al recurrir al establecimiento afiliado utilizando la línea de crédito asignada y haciendo efectiva todas las condiciones pactadas.
- La segunda relación es la que se establece entre el emisor y el comerciante afiliado. En este caso, los tratadistas señalan que se trata de «una promesa de asunción de deuda». La entidad emisora se compromete a recibir las órdenes de pago que presenten los usuarios y, al mismo tiempo, la entidad emisora o bancaria se compromete a efectuar el pago de tales órdenes de pago en el plazo convenido en el contrato de afiliación.

---

[21] *Id.*, pp. 29-30.

- La tercera relación es la que se establece entre el usuario y el proveedor. Muguillo denomina a esta relación como «motor del sistema»[22] porque constituye un elemento multiplicador de las ventas. En esta relación se materializan las formas más variadas de contratación, pues puede tratarse de una compraventa, un arrendamiento, así como de cualquier otra forma de contratación que la ley establezca y que permita un pago de la prestación a cargo del deudor.

Esta teoría ha tenido gran aceptación entre los estudiosos que tratan este tema, por considerar que define todos los aspectos de este contrato tan complejo.

Es pertinente precisar que cuando hablamos del contrato de crédito no nos estamos refiriendo a un contrato específico, sino a una multiplicidad de contratos que se relacionan unos con otros. En efecto, cuando la entidad emisora lanza al mercado una tarjeta de crédito, primero debe suscribir contratos de afiliación con las empresas afiliadas para permitir que su producto (la tarjeta de crédito) pueda ser colocado por los usuarios.

En un segundo momento, la entidad emisora propiamente dicha (*Visa* o *MasterCard*) debe suscribir contratos con los bancos o financieras, para que éstos puedan otorgar los créditos a los futuros usuarios, de tal modo que pueda recuperarse rápidamente el importe de las adquisiciones que realicen.

Finalmente, la entidad emisora (o la empresa bancaria) recién ofertará las tarjetas de crédito a los usuarios para que éstos accedan al crédito que se les otorgue y puedan efectuar las compras de bienes y servicios en las empresas afiliadas.

Todos estos contratos separados no tienen vida por sí solos y solo tienen significado cuando funcionan conjuntamente. En efecto, el contrato entre la entidad emisora y el comerciante afiliado no tiene sentido si no hay usuario que realice las compras. Tampoco tiene utilidad solo el contrato suscrito entre la entidad emisora y el usuario, porque éste no podría comprar, si no hay establecimiento afiliado. El contrato de tarjeta de crédito es la suma de todos estos contratos, los que solo pueden concretarse y tener utilidad cuando actúan conjuntamente, aprovechando cada uno de los participantes los derechos y obligaciones que cada contrato les otorga en la respectiva relación jurídica que se ha citado precedentemente.

f) La tarjeta de crédito como contrato plurilateral

Como es sabido, el contrato es plurilateral cuando para su formación se exige el concurso de la manifestación de voluntad de más de dos partes. Tratándose de la tarjeta de crédito, es dable afirmar que no nos hallaríamos en estricto frente a

[22] MURGUILLO, Roberto, *op. cit.*, p. 72.

un contrato plurilateral por cuanto no estaríamos ante un solo contrato entre una entidad emisora con varios usuarios o varios establecimientos comerciales a la vez; en otras palabras, no todos los sujetos que integran el sistema concurren en un mismo instante, «sino que el acuerdo *in totum* se va conformando a través de varias declaraciones o manifestaciones de voluntad extendidas en el tiempo, conjugándose así los distintos actos integrativos que hacen a su desarrollo».[23]

Por estas consideraciones, y entendiendo además que esta posición atendería más a la estructura del negocio que a la esencia del mismo, estimamos que la misma no resulta apropiada para explicar la naturaleza jurídica de este instituto.

g) La tarjeta de crédito como acto complejo

De las posiciones anteriormente expuestas, así como de las críticas a ellas formuladas, se desprende que la tarjeta de crédito supone un sistema operativo constituido por una pluralidad de relaciones jurídicas cuya unidad se obtiene de la finalidad común por ellas perseguida, sistema que resulta de muy difícil encasillamiento en una naturaleza jurídica específica, afirmándose en tal sentido que el mismo se presenta como una institución jurídica compleja. Desde esta perspectiva, y siguiendo a Muguillo puede decirse que la tarjeta de crédito debiera entenderse: «...como un negocio jurídico complejo conformado en una multiplicidad de relaciones jurídicas diversas donde cada relación entre los intervinientes tiene una regulación y una naturaleza jurídica propia, independiente y autónoma; pero que por la vía de la complementación propia del sistema (necesaria para ser operativo) demuestran la ineficacia de cada una de ellas de no integrarse recíprocamente».[24]

En suma, de acuerdo a esta posición, la tarjeta de crédito importa la configuración de un sistema jurídico operacional integrado en virtud de la complementación de diversas relaciones jurídicas independientes que se unen en la búsqueda de una finalidad, que si bien representa los distintos intereses de los intervinientes, es común para todos ellos. Así, estaríamos frente a un sistema contractual complejo o a un negocio jurídico complejo, pues constituye un cúmulo de relaciones jurídicas provenientes de tres distintos tipos de relaciones contractuales subsumidas en un solo contexto.

h) La tarjeta de crédito como contrato conexo

Como es sabido, hoy en día nos hallamos frente al surgimiento cada vez más frecuente de contratos que carecen de una regulación propia –contratos atípicos–,

---

[23] Roberto MUGUILLO, *op. cit.*, p. 66.

[24] *Id.* p. 72.

y resultan también frecuentes los casos en los que se utiliza un tipo contractual pero con una finalidad distinta de aquélla para la cual fue legalmente recogido. Pero al lado de estas situaciones se puede advertir también en el tráfico jurídico la aparición de los llamados contratos conexos, cuya característica supone la celebración de varios contratos –típicos o atípicos– independientes formalmente, pero que, considerados desde una perspectiva funcional, están relacionados entre sí.

Doctrinariamente podemos citar al respecto la opinión de algunos autores, entre ellos, la de Jordano Barea[25]: «...así, como ajena a la figura del contrato atípico, tenemos, en primer lugar, la unión puramente formal o externa de contratos que no presente ninguna relevancia jurídica.

Y, en segundo lugar, la conexión o ligamen de contratos («contratos coligados» en la terminología de Giorgianni)[26], los cuales pueden estar: a) en relación de mutua dependencia (contratos recíprocos, según Mereu); b) en relación de subordinación (contratos subordinados), y c) en relación de alternancia (contratos alternativos). Todos estos contratos coligados son figura afín de los contratos atípicos, pero diversa, porque no son más que contratos típicos *autónomos* ligados entre sí por un simple nexo económico (coligación económica), si bien puede llegar a tener relieve jurídico (coligación jurídica). Esta última se da en los contratos recíprocos cuando cada uno constituye como la causa del otro, en los contratos subordinados cuando uno funciona como principal y otro como accesorio (...), en los contratos alternativos, cuando la conclusión de uno u otro contrato se subordina al cumplimiento de una condición».

Se trataría en este caso de contratos que, sin llegar a fusionarse para constituirse en uno solo, se hallan tan estrechamente vinculados que sus prestaciones resultan ser interdependientes, persiguiendo, en su conjunto, la obtención de un determinado resultado económico.

En el ámbito específico de la tarjeta de crédito, Gette-Alonso y Calera, destacando la interdependencia que caracteriza a los contratos inmersos en el sistema, les atribuye la calificación de coligados, entendiendo por tal a «aquella unión de contratos que produce influencia en alguno o en todos los contratos entre los que tiene lugar y en la que todos los contratos cooperan a la consecución del mismo resultado económico»[27]. Distingue, sobre el particular, asimismo, la llamada coligación genética de la coligación funcional. Por la primera, «la unión influye en

---

[25] Juan Francisco JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», en Maestría en Derecho Empresarial. Materiales de Lectura. Derecho Civil Patrimonial II, Universidad de Lima, Lima, pp. 427-428.

[26] Michele GIORGIANNI, *La Obligación. La parte general de las obligaciones*, Edit. Bosch, Barcelona, 1958.

[27] María del Carmen GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 122, n (18).

la formación del otro contrato, de modo que uno de ellos actúa como presupuesto del otro»[28], en tanto que por la segunda «la influencia es con referencia al modo de operar. Esta puede ser unilateral (contratos subordinados o accesorios) o bilateral (contratos recíprocos y contratos alternativos)»[29] En el supuesto de la tarjeta de crédito entiende que la coligación es funcional y bilateral.

En la misma línea de pensamiento, merece citarse la opinión de Ana López Frías, quien considera a la tarjeta de crédito como un supuesto concreto de conexión contractual, dentro del ámbito de lo que ella denomina contratos de compraventa o prestación de servicios acompañados de un crédito para su financiación. En tal sentido, señala la citada autora: «Para nosotros se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante».[30]

Y refiriéndose de manera expresa a la tarjeta de crédito, expone: «Nosotros vamos a considerar aquí, por incidir en el objeto de la investigación en curso, la adquisición de bienes muebles por medio de tarjetas en establecimientos distintos de la entidad emitente. En estos casos puede estimarse la existencia de tres contratos:

- el primero, concluido por la entidad que emite la tarjeta y el establecimiento vendedor, en virtud del cual éste se compromete a admitir dicha tarjeta como medio de pago;
- el segundo, celebrado por el ente emisor y el consumidor, por el que aquél se obliga a sufragar, por cuenta del titular de la tarjeta, las facturas de bienes y servicios que éste haya adquirido en los establecimientos que admiten esta forma de pago;
- el tercero es el contrato de compraventa o prestación de servicios que suscribe ese mismo consumidor con un comerciante determinado y cuyo pago se efectúa por medio de la tarjeta.

Como fácilmente puede advertirse, estos tres convenios sirven a la misma finalidad económica: la realización de intercambios sin desembolsar dinero en el acto, asegurando a la vez al vendedor el cobro de su crédito mediante la asunción por un banco de la obligación de pagar el precio de la mercancía; aunque tales negocios pueden existir de forma autónoma, la consecución de esa finalidad supone

---

[28] *Id.*

[29] *Id.*

[30] Ana LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 273.

la celebración de todos ellos, en cuanto a que se apoyan y necesitan mutuamente para realizar la operación en su conjunto».[31]

Conforme a lo señalado por la autora citada, y con arreglo a lo dicho respecto a la tarjeta de crédito como un supuesto de contrato conexo, para que prospere dicha teoría debemos asumir la existencia de una pluralidad de contratos que, sin embargo, se hallan unidos atendiendo a la finalidad común que persigue el instituto, la misma que sería imposible de cumplir de no existir esta ligazón funcional entre aquéllos. Ahora bien, esa ligazón funcional o nexo o vínculo de tipo funcional implica que la finalidad, propia de por lo menos uno de los contratos, o el fin perseguido por las partes en un supuesto dado, exija la celebración de más de un acuerdo de voluntades. En tal sentido, la vinculación debe hallarse en la naturaleza de alguno de los contratos concluidos o en el propósito global que gracias a ellos se pretende lograr y habrá por ende conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, no puedan ser considerados jurídicamente independientes debido a su naturaleza o estructura o debido a que no tendrían sentido considerando la función económica-jurídica que a través de ellos se quiere lograr. Esto último tiene lugar en el supuesto específico de la tarjeta de crédito, conforme a esta posición.

Finalmente, y a modo de comentario respecto de esta posición, consideramos que lo primero que hemos de dilucidar tratándose del instituto de la tarjeta de crédito es no tanto la finalidad común perseguida por los intervinientes, es decir, unidad de causa fin que presenta el sistema en su conjunto, sino la dificultad de precisar si nos hallamos ante un solo contrato o ante una pluralidad, supuesto éste último en el que no dudaríamos de calificar al sistema como un caso de contratos conexos o coligados, dado el nexo funcional latente entre las tres relaciones contractuales.

Respecto de los contratos conexos o coligados, creemos de interés, para concluir, recoger la opinión de Diez Picazo, quien al respecto señala: «Algunos autores, partiendo de la idea de que cada uno de los contratos yuxtapuestos conserva su propia fisonomía (...) entienden que existe una pluralidad de contratos, cada uno de los cuales jugaría separado y sometido a su propio régimen. Sin embargo, lo cierto es que el fenómeno jurídico constituye una auténtica unidad económica, puesto que obedece a una unidad de interés y de función que exige que el fenómeno sea considerado como una unidad jurídica y que, por consiguiente, se entienda que existe un solo contrato. Ello no es obstáculo para distinguir dentro de la unidad contractual diferentes partes en su contenido...»[32]

---

[31] *Id.* pp. 76-77.

[32] Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I., Editorial Civitas, Madrid, 1996. p. 389.

En suma, nos hallamos ante una unidad contractual, o ante una pluralidad de contratos, conexos por cierto; o bien como señala Muguillo, ante un negocio jurídico complejo generador de una pluralidad de relaciones jurídicas.

Al analizar la naturaleza jurídica de este contrato surge la dificultad de su atipicidad, por lo que los autores que en su mayoría la admiten, lo asimilan a uno de los contratos típicos, al menos en sus relaciones básicas.

En el Derecho Comparado la doctrina francesa sustenta en el mandato la construcción jurídica del pago mediante tarjeta; entienden estos autores que el emisor es un mandatario del titular que efectúa el pago al aceptante por delegación. Algunos autores entienden que estamos ante una figura de corretaje o de agencia; el emisor actúa de mediador entre el titular y el aceptante, mediante una concesión que le han efectuado ambos. Según esta última opinión, el emisor resulta un agente del aceptante que le provee de un sistema, que le proporciona cliente y la forma de cobrar, garantizando el pago incluso hasta cierto límite; el emisor proporciona al titular establecimientos donde será aceptada la tarjeta como forma de pago; por tanto, el emisor prepara las bases del contrato de cambio.

En la doctrina italiana una parte entiende que la relación jurídica básica en la emisión de la tarjeta es la comisión mercantil, otra parte de la doctrina considera esta figura superflua y superada. Se distinguen tres teorías, la teoría de la delegación del pago, en la que el emisor asume la posición del delegado, el titular la posición del delegante y el aceptante la de delegatario. El titular, exhibiendo el documento de legitimación (la tarjeta), ordena al emisor que efectúe un pago al aceptante, correspondiente al precio del bien o servicio adquiridos con la tarjeta. La teoría del mandato, por la que a partir de la orden impartida por el titular con arreglo a un contrato preexistente nace de la obligación del emisor de disponer con cargo al titular para pagar al aceptante. La teoría del contrato de favor del tercero, nace del acuerdo entre el emisor y el aceptante como un contrato a favor del tercero, el titular, que lo recibe para usar la tarjeta ante el aceptante.

En la jurisprudencia española se señala que la relación jurídica que genera el contrato de tarjeta es «plurimembre y compleja». Los tribunales han reiterado que el contrato de emisión de la tarjeta se basa en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Resolución de la Primera Sala de Madrid señala que «no existe un *numerus clausus* de contratos al lado de los clásicos, puede haber otros y muy distintos, como es tarjeta de crédito, que es el que vincula a las partes en la presente *litis* y en virtud la cual la persona o entidad que expide la tarjeta, y entre ellas el titular se compromete a pagar las compras o servicios que este realice en los establecimientos autorizados, que posteriormente, y a través de una cuenta abierta, el titular de la tarjeta se obliga a abonarle en las condiciones que conlleva la aceptación de dicha tarjeta el saldo que resulte y que es un contrato lícito, valido y eficaz».

Otros autores españoles opinan que la relación jurídica de emisión de la tarjeta obedece a un mandato. Asimilan el compromiso de atender las órdenes

de pago giradas por el titular de la tarjeta a la obligación contraída por un mandatario. La prestación debida por el emisor al titular, para estos autores, es un pago por cuenta ajena.

Hay que admitir que la relación entre el emisor y el aceptante en ocasiones no solo es directa, sino que no existe más que a través del sistema de tarjeta. Confluyen una diversidad de intervinientes e intereses y otros tantos contratos suscritos entre adquirientes y aceptantes. Pero sólo le son exigibles las obligaciones que derivan de su contrato con el emisor.

La relación jurídica básica entre emisor y titular de pago es única, ya sean tarjetas de crédito, de débito o comerciales. El contrato de emisión no responde completamente a ningún tipo de los que integran las tradicionales figuras de las obligaciones y contratos. Por vía analógica, que no de combinación, podemos acudir a diversos tipos contractuales típicos y atípicos, pero ello no desvirtúa nuestra conclusión sobre la autonomía del contrato de emisión de tarjeta.

Es un contrato *sui generis* que siguen un tratamiento práctico parecido a otros tipos contractuales típicos y atípicos, pero que, en cualquier caso, al existir una causa única, el contrato continúa siendo único. No podemos pretender definir un tipo a través de sus prestaciones accesorias.

La relación jurídica más parecida al contrato de emisión de tarjeta es el contrato de cuenta corriente bancaria dentro del cual tienen cabida la mayor parte de contratos y operaciones bancarias por lo que consideramos da solución a las diversas relaciones jurídicas que se producen en el funcionamiento de la tarjeta.

El contrato de emisión de tarjeta produce la emisión de la misma y la inmediata apertura de una cuenta de tarjeta en la que se reflejarán operaciones derivadas del uso de la tarjeta y/u otros activadores.

Es cierto que la cuenta corriente bancaria es un contrato bancario y que el contrato de emisión de tarjeta no siempre lo es, pero también es cierto que no por ello debe dejar de ser imagen de otros contratos no bancarios.

Con esta posición no estamos defendiendo que el contrato de emisión de tarjeta sea un contrato de cuenta corriente bancaria. Pero sí que el contrato de emisión de tarjeta es un contrato autónomo, que funciona siempre con un soporte jurídico y contable básico asimilable a la cuenta corriente bancaria.

En conclusión, nos hallamos ante un único contrato complejo y *sui generis* que, a pesar de la diversidad de prestaciones que contempla y de prestaciones en que aparece, tiene una relación jurídica básica y común que es la de la cuenta corriente bancaria, válida para todos los tipos de tarjetas estudiadas, que nos permite ver el convenio de su emisión como una única figura jurídica y albergar en él sus distintas especialidades y obligaciones, tanto principales como accesorias.

5. CARACTERÍSTICAS

Todo contrato de emisión de tarjeta es mercantil. Una de las partes al menos es comerciante, el emisor; se realiza en masa y pertenece a una serie orgánica de la actividad económica constitutiva de empresa, por lo que resulta un acto de una empresa, el emisor, que se dedica con habitualidad a la emisión de tarjetas (lo que no significa que se dedique a ello con exclusividad).

Es un contrato personal, *intuitu personae*, en que el emisor tiene en cuenta individualizadamente la persona del cliente para decidir si contrata o no y la medida de riesgo que adquiere. La tarjeta es emitida al titular de la cuenta para uso personal exclusivo, y será también personalmente responsable de las operaciones efectuadas con esos medios.

Es un contrato-tipo que el emisor no negocia sino que contrata en masa. El emisor repite uniformemente una serie de contratos iguales en los que preestablece unas condiciones generales que son idénticas para todos los titulares variando solo las condiciones particulares del límite de crédito y disposición, clase de tarjetas y servicios accesibles, además de los sistemas de pago disponibles.

Es un contrato de adhesión, en que una de las partes no discute ni está en situación de discutir las condiciones contractuales, se limita a aceptarlas o rechazarlas en bloque. Lo decisivo es la utilización de esas cláusulas por el emisor, que puede colocar al titular en una situación de desventajas al no haber podido estudiarlas antes de aceptarlas.

Es consensual, se perfecciona por el consentimiento, sin perjuicio de que la validez de sus cláusulas, en cuanto perjudiquen al titular, dependan del cumplimiento de determinados requisitos formales inherentes a la protección del titular.

Es sinalagmático, con obligaciones recíprocas entre dos o más partes. Cuando menos es bilateral. Pueden concurrir varios titulares complementarios que asumen solidariamente las obligaciones con el titular contratante, estamos entonces ante una relación jurídicas multilateral.

Es normativo, regula las posibles relaciones jurídico-económicas entre las partes o con terceros.

Es oneroso, puesto que como contraposición al servicio que le presta el titular, para el emisor hay una serie de comisiones o cánones por la utilización, e intereses si se concede crédito. Los contratos de emisión de tarjetas comerciales no prevén el pago de contraprestación por el simple servicio, salvo que se utilicen en modalidad a crédito, o estén conectadas a alguna red interperactiva que les permita utilizar los cajeros automáticos de otros emisores. Es necesario señalar que en algunos casos la emisión de la tarjeta puede resultar gratuita.

Es un contrato de ejecución continuada; una vez perfeccionado, su complejo entramado de derechos y obligaciones se ejecutan continuadamente, generalmente con un plazo de duración indefinida.

Es atípico, puesto que no está sujeto a regulación legal específica pero es típico socialmente, al estar muy consolidados sus perfiles por la práctica.

Es complejo, porque reúne elementos de diversos contratos típicos (arrendamiento de servicios, comisión mercantil, apertura de crédito, cuenta corriente mercantil y bancaria), por cuanto crea relaciones jurídicas bancarias encaminadas dentro de la actividad de una entidad crediticia. Se trata de los contratos en que una empresa comercial aparece como emisor o como adquiriente. No será bancario el contrato por el hecho de que el titular tenga domiciliado el pago de las transacciones con tarjeta en una entidad crediticia si la tarjeta no ha sido emitida por una de estas emitidas; en este caso el contrato de emisión simplemente dará lugar, entre otras, a una relación jurídica bancaria.

6. ELEMENTOS DEL CONTRATO

6.1. Elementos personales

Entre ellos podemos mencionar:

i) La entidad organizadora del sistema.- Es el sujeto central del sistema, propietario de la denominación de una determinada tarjeta de crédito. Se trata de grandes empresas que tienen operatividad a nivel internacional, y que cumplen diferentes funciones, fundamentalmente las de emisión, administración y pago; sin embargo, dada la complejidad de tales funciones, al interactuar en el sistema su magnitud excede la posibilidad de ser ejercitadas por un ente individual, por lo que la organizadora, para el mejor cumplimiento de las mismas, y con el propósito de extender más sus operaciones, puede relacionarse con otros entes, distinguiéndose, según ello:

a) Sistemas cerrados.- Si la entidad organizadora no comparte sus funciones con otras entidades.

b) Sistemas abiertos.- Llamados también compartidos, si la labor de la entidad organizadora es compartida con otros entes (*Visa*, por ejemplo) que pueden ser o no entidades bancarias o financieras autorizadas para la emisión de tarjetas. Estas entidades comercializan el sistema bajo la denominación compartida con la entidad organizadora (*CredibankVisa*, *Wiese MasterCard*, *WongVisa*, por ejemplo) y convocan a los usuarios; asumen las funciones de emisión propiamente, administración y pago, labores éstas últimas que pueden también ser cumplidas por entes diferentes mediante la delegación. Así, la afiliación de los establecimientos comerciales y la administración de sus cuentas puede ser asumida por otros entes (*Visanet*, por ejemplo). El ente emisor puede ser también el ente pagador o bien otra entidad indicada por el establecimiento afiliado, siempre que el sistema lo permita.

En el sistema abierto, la entidad organizadora no tiene relación contractual con todos los sujetos involucrados en el sistema.

Las entidades organizadoras mundialmente más conocidas en la actualidad son *Diners Club*, *American Express*, *Visa International Amercian Service Association*, constituida para explotar las tarjetas *visa*, e International Card Systems, la que explota *MasterCard*, entre otras.

ii) La entidad emisora.- Tiene a su cargo la comercialización del sistema; califica a los usuarios, contrata con ellos asumiendo su financiación, así como normalmente el pago y la administración del sistema, conforme a lo dicho anteriormente. La entidad emisora puede presentarse de acuerdo a las siguientes modalidades:

a) Empresas comerciales que emiten sus propias tarjetas de crédito a sus clientes.- Para uso exclusivo de ellas en sus establecimientos y empresas vinculadas, existiendo tarjetas de crédito emitidas por empresas con líneas de crédito financiadas por entidades bancarias.

b) Entidades especializadas.- Las cuales son realmente las creadoras del sistema de tarjeta de crédito;

c) Entidades bancarias o financieras.- Las cuales han ingresado en los últimos tiempos y son las que aparentemente intervienen en forma masiva (Las empresas bancarias están definidas en el art. 282 inc. 1. de la Ley 26702, como una de las integrantes del sistema financiero, pudiendo, de acuerdo al art. 283, concordante con el numeral 221, inc. 34, expedir y administrar tarjetas de crédito). Respecto de otro tipo de empresas que integran el sistema financiero, deberán contar con la autorización de la SBS para la expedición y administración de tarjetas de crédito (art. 290 de la Ley Nº 26702). La Resolución SBS Nº 271-2000 regula las normas aplicables a las empresas bancarias, empresas financieras y demás empresas de operaciones múltiples que se encuentren facultadas a operar en el módulo 1 conforme a lo establecido en el Artículo 290 de la Ley Nº 26702.

Ahora bien, tal como se ha indicado anteriormente, en un sistema cerrado la entidad organizadora es la entidad emisora. En un sistema abierto la entidad organizadora delega a otras entidades la función de emisión, administración y pago (*CredibankVisa*, *Wiese MasterCard*, *WongVisa*, por ejemplo). Ahora bien, las funciones de administración y de pago pueden también ser delegadas conforme se ha analizado, y así surgir:

c.1 La entidad administradora del sistema.- Puede ser, en un sistema cerrado la organizadora, o en un sistema abierto, otra entidad estrechamente vinculada a ella, la emisora, que cumpla también con la función de administración o delegarse a otra entidad esta función, surgiendo en éste supuesto específico, de modo independiente, la entidad administradora del sistema,

la cual ofrece la red y los servicios vinculados al procesamiento de datos, transacciones y movimientos derivados de cualquier operación efectuada a través de la tarjeta de crédito. Asume también la función de captar el mayor número de establecimientos afiliados y expandir así las operaciones de tarjeta de crédito, recibiendo a cambio por el servicio que presta una comisión. La función administradora puede ser así delegada o compartida con otras entidades, como el sistema *Visanet* en el Perú, que constituye un moderno sistema de afiliación de establecimientos que incluye la instalación y el mantenimiento de terminales electrónicos, ofreciendo el apoyo necesario a los establecimientos afiliados y cumpliendo con la función de afiliarlos.

c.2 La entidad pagadora.- Su rol es mantener la relación entre el sistema y los establecimientos afiliados; administra una cuenta especial en la cual se verifican las operaciones de pago que el sistema efectúa a dichos establecimientos por las transacciones que realizan los usuarios de la tarjeta de crédito. Las entidades pagadoras pueden ser, de acuerdo a lo dicho: la propia organizadora en un sistema cerrado, la entidad emisora, la entidad financiera o bancaria que señale el establecimiento afiliado.

iii) El usuario o titular.- Es la persona natural o jurídica que, luego de una evaluación, es autorizada por el emisor a utilizar la tarjeta de crédito. Pueden ser solicitantes y usuarios (titulares o portadores) a la vez; así, tratándose de las personas naturales, la calidad de solicitante coincide con la de usuario de la tarjeta si el mismo solicitante es quien utiliza directamente la tarjeta de crédito; pero si el solicitante autoriza el uso de una tarjeta adicional, éstos resultan ser usuarios pero no solicitantes. Pueden ser sólo solicitantes, como las personas jurídicas, y son sus ejecutivos o funcionarios quienes las usan y tienen por ello la calidad de usuarios.

iv) Establecimiento afiliado.- Es quien acepta la utilización del crédito concedido al usuario. A los establecimientos o empresas afiliadas al sistema se les denomina también comerciantes adheridos o aceptantes de la tarjeta o simplemente establecimientos afiliados.[33] Son personas naturales o jurídicas quienes son con-

[33] El Reglamento de Tarjetas de crédito aprobado por la Resolución SBS Nº 271-2000 precisa que «Las empresas que emitan tarjetas de crédito, ya sea directamente o por intermedio de sistemas de tarjetas de crédito, celebrarán contratos con los establecimientos afiliados, mediante los cuales éstos se comprometen a recibir las órdenes de pago suscritas por los titulares o usuarios de las tarjetas de crédito, o a recabar las respectivas firmas electrónicas o autorizaciones previas que permitan realizar los cargos respectivos, por el importe de los bienes y/o servicios suministrados dentro del país o en el exterior, según corresponda. Las empresas podrán celebrar dichos contratos directamente con los establecimientos afiliados o incorporarse a sistemas de tarjetas de crédito. En los contratos con los establecimientos afiliados, las empresas se comprometen a pagar a dichos establecimientos o a los sistemas de tarjetas de crédito en los que éstas se

vocados por la organizadora o la emisora o la entidad administradora que actúa como afiliadora (así por ejemplo *Visanet* brinda en el Perú los servicios de afiliación y otros a los establecimientos afiliados a las tarjetas *Visa*).

Ahora bien, constituye una nota característica del sistema, «dados el encadenamiento de relaciones que produce y su integración o coordinación en una finalidad común, que mientras la primera de las partes intervinientes mencionada –entidad emisora– es una sola (o un grupo que actúa como unidad), las otras partes deben ser *necesariamente* una multiplicidad de usuarios y proveedores, a fin de dar operatividad y sentido al instituto, además de hacerlo útil y rentable»[34].

Finalmente, y conforme a lo explicado, es fácil concluir hasta aquí que en la operatividad del sistema de la tarjeta de crédito, por lo menos en la casi generalidad de los casos, se genera una triplicidad de relaciones, las que no obstante convergen en una finalidad común, y que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

a) Relación entidad emisora-titular o usuario de la tarjeta;

b) Relación entidad emisora-establecimiento afiliado o proveedor comercial adherido al sistema;

c) Relación titular o usuario-establecimiento afiliado o proveedor comercial, la cual constituye el elemento percutor del mecanismo operativo del sistema.

6.2. Elementos reales

Dentro de la categoría de los elementos reales de la tarjeta de crédito, podemos distinguir:

6.2.1. Precio

El precio está constituido por:

a) El canon que paga el titular o usuario a la entidad emisora por la disponibilidad del crédito concedido.

b) La comisión que el proveedor o establecimiento afiliado paga a la entidad emisora sobre el valor de las ventas producidas a través del sistema.

6.2.2. La tarjeta

La tarjeta de crédito como elemento material, es el instrumento físico proveniente del acuerdo celebrado entre el emisor y el usuario que lo acredita como tal, y que permite la operatividad del sistema. La tarjeta es entregada por la entidad

---

encuentren incorporados, el importe de las órdenes de pago válidamente emitidas o autorizadas de acuerdo a las condiciones acordadas por las partes dentro del marco del Reglamento.»

[34] Roberto MUGUILLO, *op. cit.*, p. 30.

emisora al usuario y consiste en una laminilla de plástico grabada con los datos de una persona, generalmente con una banda magnética incorporada que la faculta a recibir de otras personas físicas o jurídicas bienes o servicios a su presentación mediando la firma de determinados formularios, permitiendo así al usuario utilizar el crédito a su favor. Constituye así un medio de identificación y de prueba de los derechos que otorga a su titular, legitimando al usuario previa firma del cupón para adquirir bienes o servicios en los establecimientos afiliados. Su contenido está señalado en el art. 2 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, señalándose al respecto que se deben expedir a nombre de una persona natural o de una persona jurídica con carácter de intransferible, y deberán contener la siguiente información mínima: distintivo de tarjeta de crédito, denominación de la empresa bancaria o financiera que expide la tarjeta de crédito, numeración codificada de la tarjeta de crédito, nombre y firma del titular de la tarjeta de crédito, y cuando se trate de tarjetas de crédito emitidas a nombre de personas jurídicas, deberá adicionarse el nombre y firma de la persona natural autorizada para ser usuario de ella, también la fecha de vencimiento, la indicación expresa del ámbito geográfico de validez de la tarjeta de crédito, en el país y/o en el exterior, según corresponda (en caso de no figurar tal indicación se presumirá que tiene validez internacional), monto máximo autorizado, el cual puede ser consignado en clave. Podrá prescindirse de esta indicación, cuando se fijen límites por consumo, ventas y/o servicios que realicen con los establecimientos afiliados; también se podrán incluir códigos, claves y demás características técnicas que permitan su adecuada utilización cuando operen con cajeros automáticos u otros dispositivos electrónicos.»

a) Naturaleza jurídica de la tarjeta

Respecto de la naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito, ha sido Bullrich, quien al definir este elemento, nos ha acercado a su caracterización jurídica. Así, este autor señala que la tarjeta propiamente «es el título de identificación y crédito, intransferible, insuficiente e incompleto, necesario para ejecutar el haz de derechos que el mismo tácitamente simboliza».[35]

Respecto a los caracteres de identificación, crédito e instransferibilidad, los mismos resultan ser términos generales comprensibles. En cuanto a los otros caracteres, se señala que la tarjeta resulta ser insuficiente por cuanto no basta exhibirla para hacer efectivo el crédito a favor de su titular, sino que se requiere además de su firma, e incompleta dado que su propio texto nos remite a las cláusulas de los contratos que le dieron origen.

Sobre la caracterización hecha por Bullrich de la tarjeta de crédito, compartimos la opinión de Muguillo, quien señala por una parte que la tarjeta no constituye

[35] Santiagó BULLRICH, *op. cit.*, p. 35, citado por Roberto MUGUILLO, *op. cit.*, p. 73.

propiamente un título de crédito (título-valor)[36], dado que no ostenta la calidad de negociable, indispensable para permitir la circulación de los derechos incorporados en el documento. Por otra parte, el mismo Muguillo también considera que no puede atribuírsele a la tarjeta de crédito el carácter de título insuficiente e incompleto. El instrumento por sí mismo es suficiente, afirmar lo contrario supone confundir el título como tal con el uso del mismo. Por lo demás, en la actualidad, ni siquiera en muchos casos es indispensable la exhibición de la tarjeta para el ejercicio de los derechos que ella representa.[37]

En definitiva, puede afirmarse que la tarjeta de crédito propiamente dicha es un elemento probatorio del acuerdo, de identificación, y por ello constitutivo del derecho que el usuario podrá ejercitar frente a la entidad emisora y frente al establecimiento afiliado, dispositivo y necesario, ya que su titularidad es requisito indispensable para ejercer dichos derechos.[38]

Desde otra perspectiva, y refiriéndonos asimismo a la configuración jurídica de la tarjeta, suele afirmarse que la misma constituye un documento especial cuya principal y exclusiva característica es la de operar como medio de pago, función ésta que le es propia toda vez que la tarjeta aparece como un signo representativo de un derecho de crédito o relación obligatoria subyacente a la misma, lo que motiva, inicialmente, que su análisis nos lleve nuevamente hacia la temática de los títulos valores, pero que, sin embargo, por el modo en el que se configura, no se pueda identificar con ellos. Así: «...en las tarjetas, la situación no es totalmente equivalente a la de los títulos valor en sentido propio. No se produce en ellas la total incorporación del derecho, mejor dicho, de la relación contractual subyacente; tampoco existe una total y absoluta independencia entre la relación contractual y la tarjeta, sino que la dependencia causal subsiste, y no pueden ser objeto de transmisión, pues la posesión la conserva siempre el titular».[39] [40]

---

[36] Respecto de la diversidad de denominaciones que han recibido los títulos valores, puede citarse la opinión de Ulises MONTOYA MANFREDI (*Derecho Comercial*, T. II, 5 ed., Editorial Desarrollo, Lima, 1983. p. 151), quien en tal sentido expresaba: «La distinta época de aparición y los diversos fines para los que fueron creados, así como su propio desenvolvimiento, son la causa de que sólo recientemente se haya elaborado un cuerpo de doctrina y una sistemática que los comprenda a todos, sin que, de otro lado, exista uniformidad de criterio en cuanto a su denominación, pues se les designa como 'papeles valores' o 'instrumentos negociables', 'efectos de comercio', 'títulos de crédito' y, más recientemente, 'títulos-valores'».

[37] Roberto MUGUILLO, *op. cit.*, p. 74.

[38] *Id.*, p. 75.

[39] María del Carmen GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 28.

[40] Así, «Las Tarjetas de Crédito se expedirán a nombre de una persona natural o de una persona jurídica, con carácter de intransferible...» (Art. 2 del Reglamento de Tarjetas de Crédito Resolución SBS Nº 295-95, modificado por el art. 2 de la Resolución SBS Nº 271-2000).

En virtud de ello se ha considerado, sin negar que la tarjeta, como tal, sea un título representativo de un crédito en el cual éste es ejercitado, justamente a través de la tarjeta, que la misma constituye un título impropio, asimilable a los títulos de legitimación.

En suma, la naturaleza jurídica de la tarjeta se asemeja a la de los títulos valores, pues en ella se aprecia de algún modo la característica de la incorporación del derecho a un título, pero ni la literalidad es absoluta, ya que no todo lo convenido por el emisor y el titular se refleja en ella, ni por otra parte se configura el principio de la autonomía e independencia entre el título y el negocio subyacente, a lo que se agrega la típica exigencia de su intransferibilidad.

Así, tratándose de los títulos valores, precisamente la palabra título está referida al documento acreditativo de un derecho, y unida a la palabra valor; quiere decir que ese derecho está contenido en él, como transfundido en él, resultando una unidad indisoluble, de modo que resulta el elemento indispensable para ejercer los derechos que incorpora. Desde este punto de vista, resultaría en cierto modo posible subsumir en esta caracterización a la tarjeta de crédito como tal, sin embargo, basta referirnos a las notas distintivas de los títulos valores, como se ha expresado anteriormente para descartar la identificación entre ambos institutos.

b) La propiedad de la tarjeta

Con respecto a la propiedad de la tarjeta, resulta casi una disposición uniforme aquella que señala que la tarjeta es de propiedad de la entidad emisora de la misma.

Sobre el particular, se señala: «Llama la atención que se califique como propiedad el derecho que la entidad ostenta sobre la tarjeta. Parece que tal terminología es fruto de que, a su vez, se hable de que la tarjeta se utiliza por el titular. La idea que se quiere expresar es: si el titular sólo la usa para llevar a cabo los actos jurídicos pactados, es que el propietario de la tarjeta es la otra parte contratante; en consecuencia, cuando se le requiere su devolución debe de retornarla porque no le pertenece (no es su propietario)».[41]

En virtud de tal razonamiento, se estaría afirmando la existencia de un contrato de uso que recaería sobre la tarjeta considerada materialmente como cosa mueble, al lado del contrato de tarjeta propiamente dicho. O se hablaría de un comodato, o tal vez de un arrendamiento. Afirmaciones todas ellas que resultan inapropiadas y que dejan de lado la función que cumple en realidad la tarjeta dentro de la tan compleja relación contractual que se genera. No existe pues ni comodato, ni arrendamiento, ni siquiera puede sostenerse que exista en realidad un derecho de propiedad de la tarjeta, aunque se le atribuya a la entidad emisora.

---

[41] María del Carmen GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 29.

Tal declaración de propiedad lo que hace es «encubrir una cláusula contractual a través de la cual se autoriza a la entidad emisora y/o gestora a resolver unilateralmente el contrato, justificada o injustificadamente en cualquier momento y sin preaviso»[42]. Así, normalmente, en los formularios utilizados en el sistema de tarjeta de crédito la declaración de propiedad de las tarjeta está vinculada a los casos en los que se señala las causales de resolución (anticipada) del contrato, al producirse las cuales, la entidad podrá reclamar la devolución de la tarjeta. Sin embargo, tal devolución es exigida, no en virtud de un mal entendido derecho de propiedad sobre la misma, sino como consecuencia de la relación obligatoria que surge al celebrarse este tipo de contrato.

Así como la entidad emisora queda obligada a la entrega de la tarjeta al celebrarse el contrato, al concluir éste, sea a la llegada de su vencimiento sea anticipadamente, no es la extinción de un derecho de uso lo que explica la devolución de la misma, sino la extinción de la relación obligatoria incorporada en ella. En otras palabras, si el derecho crediticio se ha extinguido, es consecuencia de ello que se restituya el documento que lo representa. Aunque, en definitiva, si el contrato se ha extinguido, ni siquiera sería necesario que la tarjeta sea devuelta.

Existen así dos supuestos al respecto, cuando se produce un vencimiento anticipado del contrato y cuando se extingue en el plazo convenido. En el primer supuesto normalmente se alude a la supuesta propiedad de la tarjeta a favor de la entidad emisora, mientras que en el segundo, se afirma que al dejar de tener valor representativo la tarjeta, y no serle admitida, es mejor que la devuelva el titular: «En ambos casos, en el fondo, mediante estas cláusulas, la entidad emisora y/o gestora está intentando precaverse de la responsabilidad en la que pueda incurrir por sus propios errores ante un posible uso de la tarjeta ya caducada o cancelada anticipadamente, frente a la persona que la ha admitido como medio de pago. En verdad, cuando la tarjeta está caducada (por el transcurso del tiempo o por haberse denunciado su pérdida o sustracción), tal riesgo no se produce en la misma amplitud que cuando se le exige la devolución porque se alega una causa de vencimiento anticipado. De ahí que se utilice, en estos casos, este tipo de recursos, para crear el convencimiento, al titular, de que no es el propietario de la misma».[43]

En definitiva, la devolución de la tarjeta, no es consecuencia de un derecho de propiedad, sí de un derecho de crédito que tiene su origen en la relación contractual surgida entre el emisor y el titular de la tarjeta.

---

[42] *Id.*, pp. 29-30.

[43] *Id.*, p. 31.

6.3.1. Cupones

Son los documentos que firma el usuario al hacer uso de la tarjeta de crédito en un establecimiento afiliado al sistema cuando adquiere un bien o un servicio, los cuales son emitidos en talonarios especiales, y son llenados y firmados en los establecimientos afiliados al sistema, cada vez que se efectúa una operación mediante el empleo de la tarjeta de crédito. Este cupón debidamente llenado y firmado por el usuario es el instrumento de pago que presentará el establecimiento afiliado al emisor en los plazos establecidos. Evidencia haberse efectuado una transacción haciendo uso de la tarjeta de crédito cuyo efecto inmediato es que el emisor es deudor del establecimiento afiliado y el usuario es deudor del emisor. El cupón es extendido en dos o tres ejemplares.

En cuanto a su naturaleza jurídica, constituye un simple documento probatorio, no es una factura, dado que no emana del comerciante ni describe el objeto de la prestación ni tampoco un título valor, considerando los caracteres que tipifican estos instrumentos, conforme lo explicado en el apartado precedente. Podríamos decir, respecto de estos cupones, que implican «la instrumentación por el deudor-tenedor de la tarjeta, de la utilización del crédito concedido por la empresa emisora de la tarjeta».[44]

6.3.1. Estados de cuenta

Son los documentos por medio de los cuales el emisor de la tarjeta de crédito traslada y hace conocer al usuario las operaciones efectuadas en su respectiva cuenta. Su contenido se da por aceptado si no es observado dentro de los 30 días siguientes a su recepción (art. 226 de la Ley Nº 26702). La empresa puede en cualquier momento, requerir al cliente advirtiéndole de la existencia de saldos deudores en su cuenta y exigiéndole el pago. Transcurridos 15 días hábiles de la recepción de la comunicación, sin que hubieran observaciones, la empresa está facultada para girar contra el cliente una letra de cambio a la vista, con expresión del motivo por el que se la emite. El protesto por falta de pago de la indicada cambial, en la que no se requiere la aceptación del girado, deja expedita la acción ejecutiva (art. 228 de la Ley Nº 26702). Estos estados de cuenta no constituyen facturas.

6.3.2. Liquidación de cargos o liquidaciones de pago

Son documentos emitidos por el emisor (o entidad pagadora) referidos al movimiento de la cuenta del establecimiento afiliado. Su contenido obliga al emisor (pagador) y pueden ser observados por el establecimiento afiliado.

---

[44] Roberto MUGUILLO, *op. cit.*, p. 78.

7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Los derechos y obligaciones de las partes nacen del mismo contrato, y de la misma Resolución SBS Nº 271-2000, en la cual se establecen las obligaciones para el otorgamiento del crédito mediante el sistema de tarjeta de crédito. El contrato de tarjeta de crédito deberá contener, por lo menos, la siguiente información:

1. Monto de la línea de crédito
2. Monto máximo y comisión por la disposición de efectivo, en caso corresponda;
3. Comisiones, portes y otros gastos directos por los servicios prestados, o los criterios para su determinación;
4. Tasa de interés efectiva anual compensatoria y moratoria, o los criterios para su determinación;
5. Monto sobre el cual se aplicarán los intereses;
6. Forma y medios de pago permitidos;
7. Prima, forma de pago, cobertura y vigencia de los seguros u otros mecanismos de cobertura o contingencia destinados a cubrir transacciones no autorizadas, así como los procedimientos para efectuar los reclamos respectivos;
8. Procedimientos y responsabilidades de las partes en caso de extravío o sustracción;
9. Casos en que proceda la anulación de la tarjeta de crédito o la resolución del contrato respectivo;
10. Sanciones que serán impuestas a los titulares de tarjetas de crédito que sean anuladas por la empresa
11. Periodicidad con la que se entregará los estados de cuentas;
12. Plazo y condiciones de aceptación del estado de cuenta: y,
13. Otros que establezca la Superintendencia.

Dicha información deberá expresarse de manera clara y precisa, redactada en un lenguaje comprensible y caracteres destacados.

7.1. Derechos y obligaciones del usuario

La responsabilidad por las compras frente a la empresa emisora recae sobre el titular de la tarjeta, máxime cuando en ningún momento éste alegó ni probó falsificación de la firma en los cupones, ni grave negligencia por parte del establecimiento vendedor. Deber de cooperación por parte del usuario consistente en la obligación de evitar omisiones que perjudiquen el sistema. Este deber del usuario comprende las siguientes obligaciones:

1. Retirar el resumen de cuenta de la sede del emisor, en el caso de no haberlo recibido a la fecha de vencimiento para solventar posteriormente el pago. En caso de no presentarse para el retiro del resumen y su eventual cancelación, se le cargarán, los intereses moratorios y punitorios que hayan sido pactados en el contrato.
2. Notificar al emisor de todo tipo de cambio de domicilio, extravío del resumen de cuenta o si éste fue remitido a un domicilio distinto al denunciado.
3. Denunciar a la empresa emisora la sustracción o el extravío de la tarjeta, se trate de la propia o de una adicional, en forma inmediata; bajo pena de responsabilizarlo por los gastos efectuados luego de tales eventos.
4. Abonar las liquidaciones que resultan del uso de la tarjeta que generalmente son mensuales aunque puede haberse establecido algo distinto. Se relaciona con esta obligación la facultad del titular usuario de efectuar el pago mínimo determinado por la entidad emisora financiando el saldo para las siguientes liquidaciones. El pago deberá ser oportuno e íntegro.
5. Pagar el canon periódico por la utilización, más los gastos o cargos administrativos, los cuales equivalen al costo operativo que le significa la tarjeta a la empresa emisora y que ésta traslada a los clientes.
6. No excederse del valor fijado como «límite de compra» que ha fijado la empresa emisora. El límite puede variar dependiendo del tipo de tarjeta contratado o simplemente durante el transcurso del contrato.

7.2. Derechos y obligaciones de la empresa emisora

La Resolución SBS Nº 271-2000 dispone que las empresas debitarán en las cuentas tarjeta de crédito que correspondan, el importe de los bienes y servicios que el usuario de la tarjeta adquiera utilizando la misma, de acuerdo con las órdenes de pago que suscriba el monto en efectivo retirado y la utilización de otros servicios conexos así como los intereses y las demás obligaciones señaladas en el contrato de tarjeta de crédito, conforme a la legislación vigente sobre la materia.

Las órdenes de pago y firmas podrán ser sustituidas mediante autorizaciones por medios electrónicos v/o firmas electrónicas sujetas a certificación por la empresa que expida la tarjeta de crédito o entidad que ésta designe, así como por autorizaciones expresas y previamente concedidas por el titular de la tarjeta de crédito, los montos de las comisiones, portes y otros gastos directos.

El titular de la tarjeta queda obligado a pagar sus adquisiciones a la empresa emisora a partir del cierre de cada período y posterior puesta a su disposición de la liquidación pertinente.

La fecha de cierre de cada liquidación periódica es mecanismo privativo de la entidad emisora, salvo que ésta se haya comprometido en el contrato a efectuar dicho cierre siempre en el mismo día calendario.

Es muy usual que el contrato establezca que la empresa emisora de la tarjeta remitirá al titular un resumen de los gastos que ha realizado dentro del período previsto. En consecuencia, la obligación de pago sólo se torna exigible para el usuario cuando haya recibido la pertinente liquidación, ya que es a partir de ese momento que puede verificar los gastos que se dan por realizados en tal período y saber en qué plazo debe efectuarse el pago.

El titular de la tarjeta de crédito establece su relación contractual sólo con la entidad emisora, de modo que ésta es la única legitimada para atender el reclamo efectuado por el titular por el reintegro de importes indebidamente imputados y cobrados. Entre las obligaciones de la entidad emisora frente al titular usuario tenemos:

1. Entregar al titular usuario que se ha suscripto al sistema la tarjeta correspondiente personalizada y codificada. Cada instrumento contiene las identificaciones de la entidad emisora y del afiliado autorizado para emplearla, así como el período temporal durante el cual ese instrumento mantendrá su vigencia. Suele contener también la firma del portador legítimo y un sector con asientos electrónicos perceptibles mediante instrumentos adecuados. Estos asientos identifican esa particular tarjeta y habilitan al portador para disponer del crédito que conlleva el presentarla, sin estampar su firma.
2. Informar sobre la nómina de los comercios adheridos al sistema con las correspondientes actualizaciones.
3. Liquidar, en cada caso particular, en forma periódica, los gastos en que ha incurrido el usuario mediante la utilización de la tarjeta en los distintos comercios adheridos para adquirir un bien o servicio de su interés. Las obligaciones de la entidad emisora respecto al comerciante adherido son las siguientes:

a) Abonar el total correspondiente a todas las operaciones del período liquidado. Generalmente existe un plazo para el cumplimiento de esta obligación equivalente entre catorce y veintiún días después del cierre del período.

b) Mantener informado al comerciante sobre el listado de inhabilitaciones dispuestas a los titulares usuarios de las tarjetas mediante el envío de un boletín periódico.

c) Autorizar o desautorizar todas las operaciones que hayan sido consultadas por los comerciantes adheridos que necesitaren de autorización para poder ser efectuadas.

7.3. Derechos y obligaciones del comerciante adherido al sistema

La sociedad emisora contrata con el establecimiento comercial en cuya virtud éste se obliga a aceptar la tarjeta de crédito presentada por el usuario y pro-

veerle el correspondiente bien o servicio. A su vez, aquella se compromete a pagar al comerciante el importe de la adquisición efectuada por el titular de la tarjeta, previa deducción de una comisión. Las obligaciones que tiene el comerciante adherido frente al titular usuario son las siguientes:

1. Aceptar las operaciones de los clientes (titulares usuarios) mediante la utilización de la tarjeta, o sea, aceptar la tarjeta presentada en su comercio por el cliente para la adquisición de un bien o servicio provisto por el comerciante.
2. Verificar la identidad del usuario y la habilitación de la tarjeta para evitar ulteriores problemas de responsabilidad.

Las obligaciones del comerciante adherido frente a la empresa emisora son las siguientes:

1. Examinar si la tarjeta ha caducado o figura en el listado de tarjetas bloqueadas.
2. Cotejar las firmas que aparecen en la tarjeta y el comprobante de venta o presentación (cupón).
3. Verificar que el titular usuario no se exceda en la compra más allá de los límites máximos de compra para los cuales está autorizado realizar por la emisora.
4. Solicitarla correspondiente autorización para aquellas operaciones que así lo exigieran.
5. Pagar a la entidad emisora la «comisión» o «desagio» sobre el total de las ventas concluidas en un período. Aunque en la realidad es la empresa emisora quien descuenta automáticamente la suma del total que le corresponde al comerciante en concepto de la facturación.
6. Remitir a la empresa emisora el resumen de los cupones utilizados en las operaciones del mes en su comercio.
7. No alterar los precios en las negociaciones con tarjeta de crédito.

Las obligaciones que asume la sociedad emisora de la tarjeta de crédito ante el comerciante adherido sólo son exigibles por éste salvo cesión de su crédito, previa suscripción del respectivo comprobante, cupón o boleta por el titular de la tarjeta, siempre y cuando el comerciante haya actuado conforme a la naturaleza y tipo de las operaciones que concierta y cumplido los requisitos establecidos en el contrato que lo vincula jurídicamente con la emisora.

Lo previsto entre la empresa emisora de la tarjeta y el comerciante adherido es ajeno al usuario, por cuyo motivo éste carece de interés legítimo para negarse a pagar a la emisora invocando una supuesta falta de pago de la deuda que puede tener ésta con el comerciante.

8. CLASIFICACIÓN DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO

Existen las más diversas clasificaciones de la tarjeta de crédito, dependiendo del criterio que se escoja. Según Fran Martins, los tipos de tarjetas de crédito son los siguientes:

8.1. Tarjetas de crédito emitidas por empresas comerciales

Estas tarjetas de crédito emitidas por empresas comerciales para uso de sus clientes son llamadas también tarjetas de pago.

Este tipo de tarjeta sólo puede utilizarse en los establecimientos comerciales que las emitieron, es decir, que se trata de tarjetas de crédito que se expidieron en forma exclusiva para el consumo propio de los usuarios. En este caso se está en presencia de un solo contrato celebrado entre el usuario y el establecimiento otorgante de la tarjeta de crédito.

8.2. Tarjetas de crédito emitidas por bancos o grupos de bancos

Entre las tarjetas de crédito emitidas por bancos o grupo de bancos se encuentran aquellas que hacen posible al portador la utilización de un crédito bancario.

En este tipo de tarjetas interviene un banco o un grupo de bancos como entidad financiera-crediticia, como la entidad que emite la tarjeta de crédito y la que efectuará la cancelación al comerciante o proveedor afiliado por el uso que haga de la misma. El crédito que se otorga es de carácter rotativo, es decir, que una vez utilizado el abono total autorizado se origina una nueva disponibilidad en beneficio del usuario.

Se distinguen: tarjetas de crédito emitidas por un banco, tarjetas emitidas por sociedades constituidas por grupos de bancos, tarjetas de crédito emitidas por empresas subsidiarias de un banco, tarjetas emitidas por sociedades autónomas, que cuentan con la participación de bancos para el funcionamiento del sistema.

8.3. Tarjetas de crédito no bancarias

Son expedidas por entidades financieras o crediticias que no se encuentran en el ámbito de la banca comercial. Se caracterizan por no otorgar al tenedor un determinado cupo de crédito y sólo facultan a este último para adquirir crédito en establecimientos afiliados, los que a su vez hacen cesión de esos créditos a la entidad emitente, que a su vez se subroga frente al usuario.

8.4. Tarjetas no crediticias

Estas tarjetas tiene varias modalidades de uso pero ninguna de ellas conlleva la apertura de crédito, que lo diferencia del sistema de las tarjetas de crédito.

Existen también tarjetas de esta clasificación con otro tipo de uso. Se da como ejemplo el denominado «cheq card», en virtud del cual el usuario puede

retirar una determinada suma de dinero de cualquier sucursal o agencia otorgante de la misma.

Ello se aplica también a los llamados «cajeros automáticos», que no son otra cosa que terminales de caja electrónicos que normalmente funcionan las 24 horas. La suma que se entrega será a su vez descontada de la cuenta corriente que tiene el tenedor de la tarjeta, siendo su principal característica el hecho de que se prescinde del uso de la chequera, pero en modo alguno constituyen tarjetas de crédito.

Similar clasificación hace el doctor Max Arias-Schreiber en la revista *Informativo Caballero Bustamante*, en donde establece una clasificación muy parecida a la descrita, e igualmente los doctores Aníbal Calderón Vallejo, José Castillo Soto y Enrique Varsi Rospigliosi[45] hacen la misma clasificación.

El jurista Bernardo Pérez Fernández del Castillo, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México, clasifica la tarjeta de crédito, según los siguientes temas:

I. Por el crédito que conceden:

i. Tarjeta de pago a fin de cada mes.

ii. Tarjetas de verdadero crédito. En ellas se permite el pago a 30, 60 ó 90 días.

II. Por la entidad emisora:

i. Bancarias; por ejemplo: Bancomático, Bancentro, Banex, etc.

ii. No bancarias; por ejemplo: *Avis*, *Mexicana de Aviación*, etc.

III. Por el ámbito objetivo:

i. Tarjetas universales; por ejemplo, las expedidas para el consumo de todo tipo de bienes y servicios, incluso para obtener dinero en efectivo: Carnet, Bancomático, etc.

ii. Para un servicio concreto; por ejemplo, para boletos de avión, Mexicana de Aviación; para hoteles, Nacional Hotelera S.A., etc.

IV. Por el ámbito territorial:

i. Internacionales, se cita como ejemplo al *Diners Club* y *American Express*, que son aceptadas en todo el mundo.

ii. Nacionales, sólo funcionan dentro de un determinado país.

iii. Locales; por ejemplo: la tarjeta *Unicuenta* que opera sólo en Madrid, España.

---

[45] Tomado de la monografía titulada «La Tarjeta de Crédito», por los doctores Aníbal CALDERÓN VALLEJO, José CASTILLO SOTO y Enrique VARSI ROSPIGLIOSI.

iv. Para un establecimiento; por ejemplo: El Puerto de Liverpool, Sanbors, etc.

V. Por el ámbito temporal:

i. Limitada en el tiempo. La mayoría de las tarjetas se expiden por un plazo no mayor de un año.

ii. Ilimitadas. Existen tarjetas de duración ilimitada como son las de *Avis*, *Hertz*, etc.

VI. Por el número de partes que intervienen:

i. Bipartitas. La relación jurídica que nace en este tipo de tarjetas es entre un establecimiento acreditante y un usuario. Por ejemplo, la expedida por El Palacio de Hierro, Saga Falabella, Ripley, etc.

ii. Tripartitas. En este tipo de tarjeta hay tres partes: el acreditante, el usuario y el establecimiento afiliado. Por ejemplo, las tarjetas bancarias, «Diners», etc.

VII. Por la naturaleza jurídica de la relación que nace:

i. Mercantil. Cuando es expedida por un banco, siendo un acto de comercio.

ii. Civil. Cuando es expedida por compañías o por particulares.

Álvarez-Correa[46] distingue las tarjetas de crédito atendiendo a dos criterios:

1) Según las condiciones de reembolso: pudiendo tratarse de tarjetas que ofrecen a su titular un cupo de crédito (limitado o ilimitado) generando o no intereses a favor del emisor; las tarjetas denominadas «de débito», que siendo instrumento de pago, no permiten a su titular su utilización más allá del saldo que mantuvieran en su cuenta corriente.

2) Según su objeto: se dividen en universales o múltiples, cuando tienen por objeto la adquisición de todo tipo de bienes y servicios; o tarjetas que se circunscriben a una utilización específica, tales como viajes o consumos en establecimientos determinados.

9. EL CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

9.1. Alcances de la regulación administrativa

La regulación de las tarjetas de crédito en nuestra legislación se ha efectuado por la Superintendencia de Banca y Seguros mediante la aprobación del «Reglamento de Tarjetas de Crédito». El referido reglamento se aprobó inicialmente en

[46] Eduardo ÁLVAREZ-CORREA, *Contratos bancarios*, Universidad de los Andes, Bogota, 1991, pp. 230-231.

1993 y se modificó en tres oportunidades por las Resolución Nº 355-93-SBS, del 24 de julio de 1993; Resolución Nº 295-95-SBS, del 17 de abril de 1995; Resolución Nº 271-2000-SBS, del 14 de abril del 2000, que es la vigente.

El objeto de la norma de la Superintendencia de Banca y Seguros es regular la intervención de las empresas bancarias y financieras que se encuentran bajo el control de dicho organismo. Las entidades bancarias y financieras se han incorporado al contrato de tarjeta de crédito con el fin de facilitar el trámite de otorgamiento de créditos y agilizar la recuperación de las obligaciones de los usuarios que utilizan los créditos concedidos que se encuentran representados por la utilización de las tarjetas.

Cuando una entidad bancaria o financiera emite una tarjeta de determinadas características, en la práctica está otorgando un crédito de consumo que debe regularse por las normas que regulan los créditos bancarios.

La Constitución Política establece, en su artículo 87, que: «El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben ahorros del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley».

La norma constitucional fue desarrollada por la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Bancario y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, cuando establece que dicho organismo tiene la función de controlar a las empresas en las que se colocan los ahorros del público. Por ello sus arts. 131 y siguientes establecen la promoción del ahorro y los mecanismos de control pertinentes.

Lo que ocurre es que, al ser función del Estado el promover y garantizar los ahorros del público, tiene que establecer mecanismos de control para que las empresas bancarias y financieras no otorguen créditos en forma inorgánica, pues se pondría en riesgo tales ahorros.

Las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Banca y Seguros regula las operaciones que realicen las entidades autorizadas a operar tarjetas de crédito en el sistema financiero y busca, a través de ellas, cautelar los ahorros del público, y cautelando que los créditos que se conceden se adecuen a las normas generales de otorgamiento de créditos.

9.1.1. Definición administrativa

Ya con anterioridad enumeramos las diferentes definiciones doctrinarias del contrato de crédito y se mencionó también la definición del reglamento administrativo. Es pertinente señalar que en este último se hace referencia además a una función adicional y distinta de los contratos de crédito tradicionales, que es la de

hacer uso del servicio de disposición en efectivo u otros servicios conexos pactados. Los avances tecnológicos de la vida moderna y la actualización permanente del servicio que prestan los bancos hacen que en la práctica se supere diariamente el servicio tradicional que prestan los bancos y se incorporen nuevos, con los cuales la definición del contrato de crédito debe ir actualizándose en forma permanente.

9.1.2. Regulación de la relación existente entre la empresa bancaria y el usuario

Esta es la relación que se denominó como la «apertura de crédito», al momento de analizar la naturaleza jurídica de este contrato. A este tema el Reglamento le confiere casi la totalidad de sus artículos, porque al hacerlo está actuando en su rol de control y de protección de los ahorros del público que le asigna la Constitución.

Sobre este aspecto, debemos distinguir los siguientes tipos de normas:

a) Obligaciones de las empresas antes de otorgar tarjetas de crédito

Como hemos referido, las empresas bancarias y financieras dan a los contratos de tarjetas de crédito un tratamiento similar al de la concesión de créditos. En este sentido, el Reglamento considera los siguientes aspectos:

Requisitos que las empresas bancarias y financieras deben requerir a los solicitantes.- Se enumera detalladamente en el art. 4 qué documentos deben presentar las personas naturales y jurídicas.

a) Obligación de las empresas (se denomina así a las bancarias y financieras) de proporcionar al solicitante la información necesaria sobre intereses, comisiones y otros cargos que le permitan conocer las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato (art. 5).

b) Obligación de evaluación crediticia: En este sentido, el Reglamento le impone la obligación de verificar la identidad, domicilio y capacidad de pago (art. 5 y 6).

c) Facultad de la empresa de celebrar el contrato de tarjeta de crédito (art. 5).

d) Contenido del contrato de tarjeta de crédito: Se indica las características comunes a todo crédito, tales como monto de la línea de crédito, comisiones, intereses, forma de pago y otras características del contrato (art. 7).

e) Características de las tarjetas de crédito del titular y de las tarjetas adicionales (art. 8 y 10). Nos estamos refiriendo a los plásticos que permiten accionar las líneas de crédito concedidas. Son normas de seguridad que garantizan la utilización de las tarjetas, para evitar su uso indebido por terceros.

f) Vigencia: no mayor de 05 años.

b) Obligaciones de las empresas después de otorgar tarjetas de crédito.

a) Obligación de proporcionar información oportuna sobre los cargos y gastos a los que está sujeto el cliente (art. 12).

b) Obligación de remitir el estado de cuentas, de cargos y abonos (art. 13)

c) Obligación de establecer un procedimiento para reclamos por cargos indebidos (art. 14).

d) Procedimiento a seguir en caso de extravío o sustracción de tarjetas (art. 15).

e) Obligación de llevar un registro de reclamos por cargos indebidos y extravíos o sustracción de tarjetas (art. 16).

f) Casos de impedimento para celebrar contratos de esta naturaleza.- En este rubro se prohíbe celebrar estos contratos a quienes se les haya cerrado cuentas corrientes o anulado tarjetas de crédito por incumplimiento de pagos (art. 17).

g) Casos de anulación por falta de pago o por dejar de ser sujetos de crédito (art. 19).

h) Aplicación de sanciones por incumplimiento de obligaciones de los usuarios, incluyendo casos de reincidencia (art. 20).

i) Rectificación que deben efectuar las empresas en caso de sanciones indebidas (art. 23).

j) Las modalidades de supervisión de las empresas por la S.B.S. (arts. del 24 al 26 y del 30 al 35).

9.1.3. Regulación de la relación existente entre la entidad bancaria y los establecimientos afiliados

A este aspecto, el Reglamento le otorga limitada atención en los artículos 27 y 28. Esto es explicable, pues, como hemos dicho, el objeto del Reglamento es el de regular el otorgamiento de créditos para proteger los ahorros del público.

La regulación se refiere a las características básicas del contrato que debe suscribir la empresa bancaria con los establecimientos afiliados, en el cual éstos se obligan a recibir las órdenes de pago suscritas por el cliente y las empresas se obligan a efectuar el pago de las órdenes válidamente emitidas o autorizadas.

Como podemos concluir después de la revisión del articulado, el objeto del Reglamento es el de regular una operación de crédito para cautelar los ahorros del público.

En realidad resulta insuficiente tal regulación, porque solo está destinada a proteger a uno de los sujetos de la relación contractual que es la entidad emisora o la entidad bancaria que emite las tarjetas.

10. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El contrato de tarjeta de crédito finaliza de diversas maneras, dada las características complejas que tiene y su naturaleza trilateral. Las causas más frecuentes por las cuales se extingue la relación obligacional son las siguientes:

1. Por el fallecimiento del usuario. En efecto, hemos manifestado que se trata de un contrato *intuitu personae.*
2. Por desafiliación del proveedor o comerciante. Esta es una causal de terminación sólo parcial, habida cuenta de que el emisor contrata con diferentes proveedores y comerciantes. La relación obligacional desaparece respecto del proveedor que se desafilia, pero el contrato trilateral se mantiene entre los demás proveedores afiliados, el emisor y el usuario.
3. Por extinción del emisor y/o del usuario y el proveedor, cuando son personas jurídicas (liquidación y demás causales pertinentes).
4. Por resolución debida a incumplimiento de las partes. Es raro que el emisor incumpla, aunque esta hipótesis no debe descartarse. Es más frecuente que el usuario incumpla las obligaciones que asume en el contrato celebrado por adhesión, de donde proviene la importancia que tiene su protección respecto de las estipulaciones de estos contratos, muchas de las cuales pueden ser vejatorias. Es en este punto donde deberá profundizarse las investigaciones para establecer si la tarjeta de crédito debería ser un contrato con estipulaciones que protejan adecuadamente los intereses del usuario. Por último, tampoco es frecuente que sea el proveedor o comerciante quien incumpla sus obligaciones, quedando este tema vinculado con las estipulaciones convenidas con el emisor al producirse la afiliación.

   Es importante señalar que en la práctica los problemas más comunes se relacionan con la falta de pago del usuario al emisor y con la sustracción o pérdida de la tarjeta misma.

   En el primer caso el emisor dispone de una acción ejecutiva cambiaria, basada en los cupones o comprobantes impagos firmados por el tarjetahabiente, con la firma de un pagaré. En el segundo caso el usuario puede excusar su responsabilidad con la acreditación de la comunicación de la sustracción o pérdida.
5. Por vencimiento del plazo del crédito otorgado por el emisor al usuario, que generalmente es de un año, siendo usual que se renueve a su vencimiento. En el Perú el plazo máximo es de cinco años renovable, pudiéndose pactar por un plazo menor según indica el Reglamento de Tarjeta de Crédito.

Cabe señalar que la destrucción, pérdida o extravío de la lámina de la tarjeta no es causa de terminación del contrato, pues ante esta situación, y por denunciado que sea el hecho por el usuario, nada impide que el emisor le extienda un duplicado de la referida tarjeta.

Capítulo XXXI
CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA (KNOW-HOW)

1. Orígenes y antecedentes. 2. Concepto y definición. 3. Naturaleza jurídica. 4. Función económica. 5. Características. 6. Diferencia con otras figuras jurídicas. 7. Objeto del contrato. 8. Elementos del contrato: personales y especiales. 9. Derechos y obligaciones de las partes. 10. La protección del secreto industrial y comercial en la legislación peruana. 11. Terminación del contrato.

1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES

La expresión *know-how*, traducida literalmente al castellano, significa «saber como», es decir, tener el conocimiento acerca de la manera de hacer algo.

Su nacimiento viene con posterioridad a la segunda guerra mundial y es en el mundo occidental que se dan grandes avances de carácter industrial y tecnológico, los mismos que, como es obvio, eran guardados celosamente por quienes los realizaban.

Una parte de dichos conocimientos se amparaba en la protección brindada a las patentes, pero existían sin embargo innovaciones de índole técnica o científica que por su naturaleza no eran susceptibles de dicha protección.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial se produjeron en el mundo grandes avances de carácter industrial, tecnológico y científico, que fueron guardados en secreto por estrategia esperando el momento de usar dichos descubrimientos en el ámbito civil, en tanto eran aplicados en los enfrentamientos bélicos.

Las guerras del Medio Oriente nos han demostrado la aplicación del avance científico en la aplicación de las armas, para luego pasar a la aplicación mercantil en la fabricación de productos de alta tecnología. En tanto no produjese dicha transición avances, eran guardados celosamente por quienes los realizaban.

Una parte de los descubrimientos científicos se amparaban en las licencias de patente, pero existían invenciones de carácter técnico que, sin embargo, por su naturaleza, no era susceptibles de dicha protección; y, es más, no convenía, ya sea por interés bélico o comercial, que sea de conocimiento, con lo que el secreto industrial pasó a tener una relevancia en el campo del Derecho Mercantil. Vincent Chulía explica el fenómeno cuando afirma que la tecnología actual hace que la competencia entre las empresas se situé en pequeños avances que difícilmente serían patentables, y en todo caso, por su rápida obsolescencia, no llegan a patentarse.[1]

José Massaguer señala que el contrato de *know-how* tiene una doble importancia: «tanto por las inversiones acometidas para obtenerlo como por la ventaja competitiva que tiene su dominio. No es de extrañar pues que el *know-how* se haya convertido en una pieza esencial en el proceso de transferencia de tecnología. Así, se encuentran cláusulas de transmisión del *know-how* en numerosos contratos de transferencia de tecnología como los contratos de cesión o licencia de patente o de otra modalidad industrial de construcción de instalaciones industriales de cooperación para el desarrollo de programas comunes de investigación. También ha desarrollado un negocio jurídico que de forma independiente establece y regula la transmisión de la información técnica secreta que constituye objeto de *know-how*. Este contrato jurídico se denomina «contrato de licencia de *know-how*».[2]

Una nota esencial que hace al contrato de *know-how* es la importancia que tiene el secreto industrial o comercial. En efecto, la institución del secreto está consagrada en el mismo Código de Comercio en los artículos 45, 46 y 47, y respecto a la institución misma, la vemos plasmada en el artículo 116 del Decreto Legislativo Nº 823.[3] Dos aspectos propios se dan en el secreto industrial: Lo reservado

---

[1] Eduardo CHIULIÀ VICENT y Teresa BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atipicos*, T. I, Edit. Bosh, Barcelona, 1999, pp. 217.

[2] José MASSAGUER, *El contrato de licencia de know-how*, Edit. Bosh, Barcelona 1989, p. 67.

[3] Decreto Legislativo Nº 823, artículo 116.- Quien lícitamente tenga control de un secreto industrial, estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal secreto sin su consentimiento, de manera contraria a las prácticas leales de comercio, por parte de terceros, en la medida que:

a) La información sea secreta en el sentido que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos, no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;

y oculto de la materia. La condición de secreto depende de dos aspectos: uno, desde un punto de vista interno, la aptitud positiva del propietario del mismo para mantener algo en reserva y oculto, o desde un punto de vista externo, la imposibilidad natural que tienen las otras personas de conocer determinadas circunstancias, cosas o hechos por su propia limitación o falta de condiciones del ambiente en que desarrolla sus actividades.

El secreto tiene su campo de acción en la concurrencia de varias personas que estén en capacidad de acceder a comprender y captar el conocimiento que se pretende mantener oculto por decisión del titular de ese derecho, a efecto de mantenerlo fuera del dominio público. El titular del derecho lleva una actitud mental de reserva de conocimiento respecto de una cosa o de los conocimientos respecto de ésta. La reserva tiene una relación directa con las personas naturales o jurídicas, y su relatividad está en función de la capacidad de esas personas para captar la trascendencia del secreto. Otro criterio de la doctrina se ubica en la relación directa o indirecta de las personas frente al conocimiento materia de reserva, sin importar su disposición en la captación de los efectos del conocimiento que se pretende mantener en reserva, es decir, ubicarse frente al sujeto-persona conlleva el elemento que hace a la reserva, sin importar la capacidad de captación de ese sujeto. Se afirma en este sentido que, en una sociedad en la que la posibilidad de obtener beneficio económico del conocimiento y en la que el mismo es la base del poder, todos resultan siendo potenciales usuarios del *know-how*, y en consecuencia, la protección se constituye sobre un universo indefinido de probables usuarios o interesados en el conocimiento, es decir, sobre todos y no sobre un determinado grupo que está vinculado a ese tipo de conocimiento.

2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Un secreto comercial o de explotación es un hecho vinculado a esta explotación comercial (empresa) conocido solamente por un círculo estrictamente limitado de personas, o sea, no es de público conocimiento, y que por voluntad manifestada o reconocible del dueño del establecimiento ha de ser mantenido en secreto en virtud de un interés justificado. Se llaman secreto de explotación los secretos de contenido técnico; lo que caracteriza los secretos comerciales, es la naturaleza comercial del objeto.[4]

---

b) La información tenga un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control, haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

[4] Herbert STUMPF, *El contrato de know-how*, Editorial Themis, Bogotá, 1989, p. 6.

Esencialmente, el contrato de *know-how* se refiere a la licencia de conocimientos de orden técnico económico y comercial no protegidos por la legislación industrial. Evidentemente, los conocimientos objetos del contrato son secretos, puesto que su divulgación pública causaría perjuicios económicos a las empresas agraviadas al ponerlos al alcance de la competencia.

Existen dos tipos de contratos de *know-how*: El puro, en el cual no se da ninguna otra figura jurídica, y el mixto, en el que concurre la transmisión de otro tipo de derechos (marcas, patentes etc.).

Los diversos autores suelen resaltar alguna de las características propias del *know-how* sin abordar otras. De ahí la importancia de conjugar las diversas definiciones a fin de determinar una que aborde la integridad de elementos y que, adicionalmente, permita definir integralmente a la figura jurídica materia del presente estudio.

Por otro lado, la mayoría de las definiciones involucra sólo una parte del desarrollo de la figura, es decir, aquella vinculada a los conocimientos técnicos industriales, sin hacer mención a aquellos, de mas reciente consideración, y que involucran los conocimientos comerciales que, como lo veremos más adelante, constituyen hoy por hoy todo un área de desarrollo que, en un extremo, podría implicar tener en cuenta aspectos que, para los conocimientos meramente técnicos, no serían relevantes.

Un sector de la doctrina reconoce la falta de regulación y de protección de todos los conocimientos susceptibles de protección jurídica. En ese sentido, cada forma en particular de manifestación del pensamiento humano con contenido patrimonial puede, en determinadas circunstancias y de determinada forma, ser definido de manera particular y, en consecuencia, ser regulado de la forma particular. Al respecto, Cabanellas señala que «no existe ni un régimen único y coherente aplicable a las distintas clases de conocimientos técnicos no patentados, ni reglas uniformemente válidas para las distintas especies de conocimientos».[5]

Para Masaguer el contrato de *know-how* importa «aquel negocio jurídico celebrado entre personas, físicas o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un *know-how* (el *know-how* licenciado), autoriza a su contraparte (el licenciatario o receptor) a explotarlo durante algún tiempo determinado, y con ese fin se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el licenciatario o receptor se obliga, por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del «*know-how* licenciado».[6]

---

[5] Guillermo CABANELLAS, *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos,* Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1984, p. 336.

[6] José MASSAGUER, *op. cit.*, p. 69.

En esta definición no se explica el objeto del contrato, es decir, el «conocimiento» en sí mismo. Se destaca los elementos propios del negocio jurídico en sí, antes que determinar el objeto en el contrato. Se incide en la determinación de las partes, la onerosidad de las prestaciones y la temporalidad del mismo.

Es importante destacar que el contrato supone la autorización para la explotación de un determinado conocimiento, lo que importa en la práctica una efectiva transferencia toda vez que la explotación es consecuencia del acto de transferencia. El elemento temporal es el que marca este concepto, aunque en la práctica, y por las razones asociadas a la autonomía de la voluntad antes señalada, podría importar una «compra» de tecnología con una restricción inmersa respecto de la posibilidad de transferirla a terceros, con lo que el elemento temporal pierde relevancia, toda vez que el beneficiario del *know-how* desarrollaría el conocimiento técnico industrial o comercial de forma tal que lo adapte a sus reales necesidades y puede explotarlo libremente.

Chulía y Beltrán definen el contrato como el «negocio jurídico en virtud del cual una de las partes (transferente) se compromete a poner a disposición de la otra parte (adquirente o receptor) los conocimientos técnicos constitutivos del *know-how* de modo definitivo, desprendiéndose de ellos en todo o en parte, o bien, a comunicar dichos conocimientos, posibilitando su explotación por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación determinada normalmente en forma de cantidad de dinero calculada como porcentaje sobre producción o venta».[7]

Chulía y Beltrán inciden en su definición en la transferencia definitiva del conocimiento. Cosa que es predecible en aquellos conocimientos que se encuentran en etapa de desarrollo, en donde quienes los utilizan obtienen mayores elementos de investigación para destacar mayores posibilidades de uso. Esta característica, propia de los conocimientos técnicos industriales, es la que probablemente sea considerada con mayor frecuencia de la doctrina que ha tratado el tema de forma tal que el beneficiario del *know-how* tenga la posibilidad y el incentivo para buscar mayores y mejores beneficios del conocimiento transferido.

Sin el incentivo que contiene el compromiso de asumir como suyos los beneficios derivados del desarrollo de la tecnología, el beneficiario simplemente aplicaría el conocimiento sin cuestionar en sí los componentes del mismo, es decir, se convertiría en un mero «aplicador» o «ejecutor» del conocimiento y ya no en un «beneficiario» del mismo, es decir, estaría al mismo nivel de aquel operario que utiliza la maquina que contiene el conocimiento técnico o que es producto de él sin analizar las razones de su aplicabilidad y las posibilidades adicionales del mismo. Sobre el particular habrá que ver la vertiente aplicable, pues en el caso del contrato de *franchising* es de interés del franquiciante que su franquiciado no introduzca va-

[7] Eduardo CHULÍA VICENT y Teresa BELTRÁN ALANDETE, *op. cit.*, p. 220.

riables en los conocimientos que le trasmite, salvo la autorización del primero, pues el objeto del contrato es mostrar el mismo producto en forma homogénea en toda la cadena. En este contrato el franquiciado es un simple aplicador de la tecnología.

Por su parte, Gómez señala que el contrato de *know-how* es el «contrato en virtud del cual el licenciante autoriza al licenciatario (de ordinario a título oneroso) a utilizar una técnica desarrollada y mantenida en secreto por el primero».[8] En esta concepción destaca el elemento de exclusividad en el mantenimiento del conocimiento secreto objeto del contrato. Cabría pensar entonces si esta figura jurídica permite que aquel cedente del *know-how* pueda guardar en su esfera jurídica la facultad de proporcionar el referido conocimiento a terceros no vinculados al beneficiario del *know-how*.

Según Gómez, el conocimiento materia del contrato debería tener como requisito que se mantenga en secreto, lo cual nos lleva a pensar en mecanismos que el beneficiario deberá tener que incorporar al contrato de forma tal que se garantice dicha situación y que, ante algún incumplimiento, sea penalizado con la resolución del mismo o la correspondiente penalidad civil. No obstante, pueden darse situaciones complejas en las cuales, teniendo el conocimiento de diversas aplicaciones, el cedente del *know-how* podría establecer un grupo determinado de beneficiarios del conocimiento a fin que sean éstos los únicos que tengan la posibilidad de acceder al conocimiento. En ese caso, estaríamos en el supuesto de «re-transferir» los conocimientos. Obviamente tendrán que ser sub-beneficiarios dedicados a un área distinta a la del beneficiario original. Las posibilidades en la transferencia de conocimientos técnicos industriales o comerciales son de tan variadas formas que resulta sumamente importarte determinar las condiciones y restricciones a las partes involucradas en el negocio jurídico.

En la doctrina se han destacado opiniones en las que conceptúan el contrato de *know-how* cuando un productor trabaja en determinado procedimiento o fabrica determinados productos y amplía así ciertas experiencias: no se trata de resultados de una actividad inventiva, ni siquiera de algo que es casi susceptible de constituir una patente o un modelo de utilidad, sino de experiencias adquiridas en un lapso prolongado que otro desea aprender para economizar tiempo.

El *know-how* constituye un bien inmaterial que se limita exclusivamente al campo industrial. Para él el *know-how* abarcaría todos los demás terrenos del saber industrial especializado por cuanto no se orientaría por el derecho de patentes. En sus campos, se trataría sobre todo de la protección y del valor económico de conocimientos secretos. Ese valor, sin embargo, no dependería del carácter novedoso que exige la ley de patentes. En consecuencia, el *know-how* sería un

---

[8] GÓMEZ SEGADE, «El secreto industrial (know-how), concepto y protección, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, citado por Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.* T. II, p. 105.

saber no protegido y en parte no protegible, siendo lo esencial que ese saber industrial fuera secreto.

Algunos autores consideran que la noción de *know-how* no importa necesariamente estar ante un conocimiento de carácter «secreto»; si bien puede estar presente en la mayoría de las transacciones, éste no es de una característica que lo distinga de manera sustancial, de forma tal que no siempre que estemos frente a un secreto, necesariamente estaremos frente a un conocimiento calificado como *know-how*, y en consecuencia, protegible jurídicamente.

Así, Stumpf manifiesta que «el *know-how* puede definirse como un saber no protegido por derecho de tutela industriales. Por lo común existe un secreto. Pero no es una condición. Lo que interesa es si el beneficiario del *know-how* tendría o no acceso a ese saber de no mediar un contrato».[9] Este autor destaca antes que la calidad de secreto del conocimiento, la posibilidad que el beneficiario pueda acceder a él de no mediar un contrato. La calidad de beneficiario puede tenerla cualquier persona y, en todo caso, esta condición la impone el propio mercado. Adicionalmente, se considera que no resulta necesario contar con un secreto para hablar de *know-how* sin coincidir una vez más respecto de la existencia potencial de beneficiarios del conocimiento técnico industrial y comercial.

El concepto de *know-how* fue desarrollado en la práctica en el sistema jurídico angloamericano. Dentro de esa concepción, el contrato es la antítesis de un derecho de patente y tal como se lo entiende, en general, solamente una especie de recurso de apuro al que recurren con frecuencia los inventores que, por razones vinculadas a los mecanismos jurídicos y limitaciones a su protección, no están interesados en solicitar una patente.

Las oficinas internacionales reunidas para la protección de la propiedad industrial, literaria y artística, entre otras, sostienen que la esencia del *know-how* se funda en el hecho de que el inventor prefiere mantener en secreto los elementos desconocidos del invento, en vez de revelarlo en la solicitud de una patente, lo cual refleja la imagen de poca protección o de mediana accesibilidad a los registros de patente. Siendo esta la razón por la que aún cuando cuenta con un mecanismo jurídico de protección, prefiere mantenerlo en secreto con el riesgo real que esto supone.

El *know-how* ha de ser entendido como aquel grupo de conocimientos y experiencias de orden técnico, comercial, de «economía de la empresa» (como lo define Stumpf), cuya utilización permite o llegado el caso, hace posible que el beneficiario no sólo la aplique en la producción y venta de bienes, sino también en otras actividades empresariales tales como organización, administración y comercialización.

---

[9] Herbert STUMPF, *op. cit.*, p. 12.

Stumpf cita la resolución de la Asociación Internacional de Protección Jurídica Industrial, en la que se define al negocio jurídico del *know-how* como «los conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera o de otra naturaleza, aplicables en la práctica en la explotación de una empresa o en ejercicio de una profesión». De ello resulta claro que su utilidad económica es la que marca la necesidad de un mecanismo de protección jurídica.

Son también importantes los trabajos realizados por los BIRPI (Bureaux Internationaux reunis pour la Protection de la Propiete Industrielle, Literaire et Artistique), quienes en su modelo para los países en vías de desarrollo con referencia a las invenciones en su art. 53/1, describen al *know-how* como procedimientos de fabricación o conocimientos para la utilización y aplicación de técnicas industriales. Asimismo sostienen que la esencia del *know-how* se funda en el hecho de que el inventor prefiere mantener en secreto los elementos desconocidos del invento en vez de revelarlos totalmente mediante la solicitud de patente.

Finalmente, es necesario resaltar que, «...como también han puesto de manifiesto estudios empíricos publicados en 1985 por la Comisión del Presidente de los Estados Unidos para la competitividad industrial, la tecnología se ha convertido en la pieza básica para determinar la capacidad competitiva de las empresas, tanto en el mercado nacional como, sobretodo, en el mercado internacional... No es de extrañar, pues, que las empresas se hayan visto empujadas a incrementar los recursos dedicados a la investigación, o bien, en países que carecen de la tradición e infraestructura necesaria, hayan tenido que acudir al mercado de tecnología buscando su fuente de aprovisionamiento, las más de las veces, en el exterior, y, en definitiva, concluyendo contratos de licencia de *know-how* cada vez más a menudo...»[10]

3. NATURALEZA JURÍDICA

El contrato del *know-how* es un contrato de Derecho Privado, de naturaleza atípica al no contar con una norma que lo regule en todo su contexto, al cual se le aplica la sección primera del Libro VII, De las Obligaciones, del Código Civil, en tanto regula las disposiciones generales aplicables a los contratos de Derecho Privado. Colateralmente se aplicarán los usos y costumbres del comercio internacional. En el Perú el Decreto Legislativo Nº 823 (Ley de Propiedad Industrial) regula en los artículos 116 a 127 lo referente al secreto industrial y en cierta medida se ampara el derecho al conocimiento reservado, sin embargo el contrato de *know-how* o de transferencia de tecnología no se ha regulado específicamente. Consecuentemente pueden ser muy diversos también los elementos jurídicos que un contrato de esa especie contiene. Ocupan en primer plano las cualidades corres-

[10] José MASSAGUER, *op. cit.*, p. 68.

pondientes a los contratos de compraventa, locación de servicios, locación de obra, sin que sea posible, de ordinario, encasillar el contrato dentro de un tipo determinado. Por eso es considerado por lo común como un contrato *sui generis*. Algunas teorías consideran que el contrato de *know-how* otorga derecho de propiedad.

Sobre el particular, algunos consideran que el *know-how* es un bien que posee valor patrimonial y aptitud para ser objeto de negocios jurídicos. Se trata de un bien inmaterial fruto de la mente humana que se plasma en objetos corpóreos (fórmulas diseños apunte, esquemas), pero sobre el cual no recae un derecho de exclusiva.

Por otro lado se señala que el *know-how* no es un bien susceptible de dominio. Hay quienes señalan que la persona que dispone de un conocimiento técnico no es dueño de éste, porque no se trata de un bien susceptible de un derecho de propiedad. Todo lo que existe es un monopolio de hecho fundado en el secreto guardado por su beneficiario, ante cuya violación nacen ciertos derechos que no se refieren a los conocimientos técnicos en sí.

Otro sector de la doctrina atribuye al *know-how* un derecho de propiedad. Amparándose para ello en que el titular del *know-how* tiene el derecho de que nadie use ni disponga de su *know-how* contrario a derecho; el titular tiene el privilegio de usar y disponer del *know-how*, y los terceros deben respetarlo lo haga o no; el titular tiene la facultad de disponer del *know-how* por venta y licencia y de obtener una orden judicial contra el uso o disposición del *know-how* por parte de terceros que lo obtengan impropiamente.

El Decreto Legislativo Nº 823 (Ley de Propiedad Industrial) en el Título VIII, referente a secretos industriales, considera que el *know-how* es un bien inmaterial, y como tal, susceptible de constituirse en objeto de contratos. Pero no constituye necesariamente un derecho de propiedad, cuidándose la ley de pronunciarse al respecto, estableciendo en su art. 116: «Quien lícitamente tenga control de un secreto industrial, estará protegido contra la revelación adquisición o uso de tal secreto sin su consentimiento...», con lo cual, en forma expresa, no se reconoce derecho de propiedad alguno al detentador de esa información o conjunto de conocimientos industriales, sino más, bien titularidad sobre éste.

4. FUNCIÓN ECONÓMICA

El *know-how* constituye un factor decisivo para determinar la economicidad de la explotación. Su valor podrá, en muchos casos, estimarse mayor que el de un derecho protegido. Su función económica se encuentra en el menor costo, que significa la adquisición de conocimiento para la explotación de las actividades industriales o de servicio.

El desarrollo de las actividades empresariales requiere de costosas inversiones. Una forma de minimizar el riesgo en la inversión es lograr el financiamiento en la investigación, cuyo fruto será materia del secreto para ser utilizado bajo la

forma de un contrato de *know-how*. La transferencia de *know-how* conduce a una meta que puede estimarse deseada desde el punto de vista de la economía global.

Resulta pues importante resalta la utilización económica del contrato de *know-how* y encontrar el fundamento de la protección y tutela jurídica, para lo cual habrá de tenerse presente lo señalado por Stumpf cuando precisa que «el *know-how* podrá muchas veces ser más valioso y mejor aprovechable que un derecho protegido, tanto así que se ha podido demostrar en la práctica se conciertan cada vez menos frecuentemente contratos de licencia de patente puros, y que se los combina muy a menudo con los elementos de un contrato de *know-how*».[11] Probablemente esta sea la característica principal de la figura bajo análisis. En efecto, esta característica encierra la noción de patrimonialidad del conocimiento, es decir, si tiene contenido patrimonial susceptible de protección. Ello, como es obvio, está siempre vinculado al ritmo de las transacciones económicas y a los intereses protegidos por los particulares.

Chulía reafirma lo dicho cuando señala que «la tecnología actual, especialmente la técnica punta, hace que la competencia entre las empresas se sitúe en pequeños avances que difícilmente serían patentables y, en todo caso, por su rápida obsolescencia, no llegan a patentarse».[12] Aparentemente, los avances en la tecnología suelen ser de sutiles diferencias pero de significativa importancia, por lo que probablemente siempre resulte relevante identificarlo plenamente a fin de otorgarle adecuada protección.

No obstante, el avance de la tecnología debe ir de la mano con mecanismos jurídicos que, como lo hemos señalado anteriormente, otorgue garantías e incentivos a los particulares a fin que este desarrollo se mantenga y, en consecuencia, permitan que quien es beneficiario del *know-how* tenga la posibilidad de reaplicarlo y descubrir nuevas posibilidades respecto de ese conocimiento; en ese sentido Cabanellas manifiesta que «la empresa desarrolla ciertos conocimientos técnicos en forma independiente, no se apropia del esfuerzo e inversión del primer poseedor de los conocimientos, sino que repite en su propio ámbito el proceso de desarrollo de la tecnología hasta igualar los gastos derivados de éste con los beneficios de esperar obtener de las nuevas técnicas...».[13]

Otras razones se fundamentan en razones de orden comercial y de estrategia empresarial. Ello puede resumirse en el hecho que la figura del *know-how* haya surgido, como lo señaláramos anteriormente, en países industrializados toda vez que, como consecuencia de la Revolución Industrial y la Segunda Guerra Mundial, los países se vieron en la necesidad de establecer mecanismos para proteger todo

---

[11] Herbert STUMPF, *op. cit.*, p. 3.

[12] CHULÍA citado por Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Contratos modernos*, T. II, *op. cit.*, p. 106

[13] Guillermo CABANELLAS, *op. cit.*, p. 105.

el desarrollo tecnológico invertido con ocasión de las batallas desencadenadas al interior de una Guerra Mundial.

Así, «los proveedores de *know-how* son empresas industriales, las cuales a menudo hacen fabricar sus productos por establecimientos en el extranjero. Ello puede deberse a la política de importaciones seguida por otros países, cuando éstos dificultan o prohíben la entrada de determinados productos industriales, pero permiten que se transfiera el *know-how* a sus propios nacionales para asegurar de esa manera que la producción se realice en el país y que se creen fuentes de trabajo».[14]

La patrimonialidad del conocimiento viene dado, entonces, por el potencial uso que se le puede dar, así como de las posibilidades frente al proceso productivo. Es por ello que el cedente requiere de un mecanismo jurídico para proteger su conocimiento quizá con mayor amplitud que mediante el establecimiento de una patente así como de la protección y privilegios de la administración. Al respecto, Stumpf manifiesta que «la información transmitida debe tener un valor económico para el licenciatario, y ser relevante para el proceso productivo o comercial de que se trate... esta característica guarda estrecha relación con la calidad secreta de los conocimientos, la misma que determina que sean ventajosos para quien los adquiere, al no ser de dominio público».[15]

Por su parte Chulía citado por Stumpf, reconoce en su obra que la economía en la producción y la eficiencia en los procesos productivos originan menores costos y mayores márgenes de utilidad y beneficio tanto para el empresario, el consumidor y la sociedad en general, con el fundamento de la protección del *know-how*. Así, manifiesta que «el *know-how* constituye, junto con el restante progreso técnico general que una empresa pueda haber alcanzado en su producción (y que se manifiesta, entre otros aspectos, en los derechos de protección adquiridos por el empresario), un factor decisivo para determinar la economicidad de la explotación...».[16]

Del mismo modo que un invento sólo puede irse desarrollando hasta alcanzar la condición de ser protegible a través de largos trabajos preparatorios, también son normalmente necesarios prolongados trabajos de desarrollo para la adquisición del *know-how*. La transmisión del *know-how* de las empresa grandes a las empresas pequeñas posibilitan a estas pequeñas y medianas empresas una explotación moderna, racional, pero sobre todo eficiente y rentable, que éstas no podrían realizar valiéndose solamente de sus propios recursos. De esta manera, la transferencia del *know-how* conduce a una meta que puede estimarse deseada desde el punto de vista de la economía global, eficiencia y rentabilidad.

---

[14] Herbert STUMPF, *op. cit.*, p. 4.

[15] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 125

[16] Herbert STUMPF, *op. cit.*, p. 12.

5. CARACTERÍSTICAS

El contrato de licencia de *know-how* es atípico al carecer de normatividad propia, y tiene las siguientes características:

§ Es un *contrato principal*, al no depender de otro negocio jurídico que lo preceda. No es derivativo de otro contrato del cual dependa, a diferencia de la hipoteca, que está ligada a la obligación principal.

§ Es un *contrato complejo*, ya que siendo su objetivo muy amplio, puede dar lugar a diversas formas obligacionales. A decir que Massaguer, «como contrato complejo se considera el contrato que es resultado de la combinación de distintos esquemas negociales, en la que, por virtud de una causa única y común las diversas prestaciones procedentes de los distintos tipos negociales originarios están intima y orgánicamente mezcladas y preordenadas a la consecución de un único propósito negocial objetivo». En efecto, puede suceder que la licencia de *know-how* suponga no sólo la transmisión de los conocimientos secretos sino, además, servicios de capacitación de personal, asesoría técnica, etc.

§ Se trata de un *contrato atípico*, ya que no está regulado de manera específica por nuestro ordenamiento legal. En razón a su atipicidad, el *know-how* se regirá principalmente por la autonomía de la voluntad de las partes expresada en las condiciones pactadas. Evidentemente, estará también normado por las disposiciones generales aplicables a la contratación, conforme a lo dispuesto por el artículo 1354 del Código Civil. Es preciso tener en cuenta, además, que deberán observarse las regulaciones aplicables a la transferencia de tecnología contenidas en el régimen de inversiones extranjeras (Decisión Nº 291 del Acuerdo de Cartagena) si el cedente fuera una persona natural o jurídica extranjera.

§ Es *constitutivo*. Por su función el contrato de licencia de *know-how* es constitutivo, ya que es creador de situaciones jurídicas, en contraposición a los contratos extintivos o resolutivos, cuyo fin es poner fin a relaciones existentes. Normalmente tampoco es un contrato modificativo ni regulatorio, aunque nada impide que lo sea, cuando tiene por finalidad modificar o añadir nuevos elementos, respectivamente, a una relación jurídica preexistentes.

§ Es un *contrato de prestaciones recíprocas* ya que cada una de las partes asume obligaciones frente a la otra. De allí que cada contratante sea, respecto del otro y recíprocamente, deudor y acreedor. Debe señalarse, sin embargo, que como veremos luego, nada impide que en el contrato de *know-how* se convenga que el adquiriente reciba los conocimientos sin estar obligado al pago de retribución alguna.

§ Es un *contrato oneroso*, ya que cada una de las partes obtiene una ventaja de su celebración, sin embargo, no es una característica esencial ya que

nada impide que se convenga una cesión de *know-how* a título gratuito. Esta característica no es, sin embargo, esencial, ya que nada impide, como se ha dicho antes, que se convenga la cesión de *know-how* a título gratuito, sin obligación de pago por parte del adquiriente. Ello ocurre con frecuencia, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de suministro de bienes de equipamiento industrial, que incluyen cláusulas de cesión gratuita de *know-how* como parte integrante de los mismos. Es importante recalcar, sin embargo, que se trata de situaciones especiales y que lo usual es que se trate de un contrato que implique una obligación de pago por parte del adquiriente.

§ Es un *contrato conmutativo*, ya que cada una de las partes es capaz de conocer o estimar anticipadamente los beneficios y sacrificios que importa su celebración.

§ Es *consensual*, pues se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes. Sin embargo el artículo 120 de la Ley de Protección Industrial (D. Leg. Nº 823) señala que «La información que se considere como secreto industrial deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares», supuesto que no obliga a que el contrato de *know-how* conste por escrito, hecho que siempre será recomendable en función de las obligaciones que asumen las partes en el contrato. Es importante señalar, empero, que si el cedente del *know-how* fuese extranjero, habrá que observar las normas de la Decisión Nº 291 del Acuerdo de Cartagena, que imponen la literalidad del contrato al establecer que este deba ser celebrado por escrito y registrado ante el organismo nacional competente.

§ Es de *tracto sucesivo*, pues su ejecución esta diferida en el tiempo. Las prestaciones que supone la cesión del *know-how* generalmente se llevan a cabo a lo largo de un proceso productivo. Situación que conlleva la característica de los contratos de duración; no se agotan en un solo acto o en una sola prestación, sino conllevan una serie de prestaciones en el tiempo que la partes desean mantener y no quebrar por cualquier motivo, sino por una circunstancia especial y esencial.

6. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

La carencia de tipicidad legal obliga a analizar no solo su naturaleza jurídica, sino precisar la diferencia del contrato de *know-how* con otras figuras afines, o de las cuales se sirve, a efecto de evitar que, por aplicación de una interpretación analógica, se pretenda aplicar normas de nuestro ordenamiento que no corresponden a la esencia del contrato.

Con la licencia de patentes tienen puntos esenciales de diferencia, debido a que toda innovación técnica patentada está protegida en virtud de este acto jurídi-

co, no siendo un secreto de la empresa que lo ha efectuado, dado el carácter público del Registro de Patentes y Marcas, condición que no se da en los contratos de *know-how*, ya que el secreto de la nueva técnica o de la invención es fundamental. En ambos casos se trata de contratos de transferencia de tecnología. La diferencia radica que en el contrato de licencia de patentes es una patente registrada y protegida por la ley, cuya existencia no es un secreto de la empresa que ha llegado a ella, dado el carácter público que tiene el Registro de Marcas y Patentes. Esto no se da en los contratos de *know-how*, pues el secreto de lo que constituye una nueva técnica para la invención misma es fundamental.

Otra diferencia es que la licencia de patente implica la mera autorización que se concede al licenciatario para la explotación del invento patentado. En la licencia del *know-how* se precisa mucho más que una simple autorización, ya que la información debe ser suministrada al licenciatario y se debe proporcionar todos los conocimientos adicionales, por lo cual el contrato se ve complementado con la entrega de documentación, asesoría, capacitación del personal, etc.

Con el contrato de compraventa la distinción radica en que, por el contrato de compraventa, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente. En el contrato de *know-how* el transmitente no vende sus conocimientos, tan sólo autoriza su uso, a cambio de una retribución, lo que se materializa mediante la entrega de planos, maquinarias, cintas, etc. El contrato de licencia de *know-how* es usualmente de tracto sucesivo, pues su ejecución está diferida en el tiempo. Las prestaciones que supone la cesión del *know-how* generalmente se llevan a cabo a lo largo de un proceso productivo. El contrato puede configurarse como uno de ejecución continuada o bien como uno de ejecución periódica o escalonada. No obstante, puede suceder, aunque sea menos frecuente, que se celebre un contrato de licencia de *know-how* que tenga por objeto único, por ejemplo, la entrega de documentación relativa a un secreto industrial. En tal hipótesis, nos encontraríamos con un contrato de ejecución instantánea, puesto que una vez celebrado el negocio se produciría la entrega de los documentos y el pago de la contraprestación a cargo del beneficiario, con lo que quedaría íntegramente cumplido.

Por la compraventa, de acuerdo a lo establecido en el art. 1529 del Código Civil, una de las partes se obliga a entregar un bien determinado y la otra a pagar un precio cierto en dinero. En el *know-how* el transmitente no enajena sus conocimientos y sólo permite su utilización, lo que se produce mediante la entrega de informes, maquinaria, planos, etc. Otra diferencia es que el contrato de *know-how* es de tracto sucesivo, estableciéndose una duración en el tiempo que las partes deseen, puesto que generalmente tiene lugar en el transcurso de un proceso productivo. Además, los bienes objeto del *know-how* no son susceptibles de apropiación y por tanto no existe transferencia de derecho de propiedad alguno.

Con el contrato de arrendamiento de cosas o de servicios tenemos que, en el contrato de *know-how*, el cedente no pierde la posibilidad de utilizar –salvo pacto en contrario– la tecnología que transfiere en el contrato, debido a que su obligación no es poner a disposición del arrendatario elementos materiales, como bienes muebles, servicios, etc., sino la de transmitir una serie de conocimientos técnicos.

En lo que respecta al arrendamiento de bienes, en el *know-how* se transmiten elementos que por su naturaleza inmaterial no son susceptibles de ser entregados como suelen ser los bienes muebles, al consistir en una serie de conocimientos técnicos que parecen en los instrumentos que lo recogen (planos, informes, etc.)

Sin embargo, existen semejanzas cuando nos referimos al arrendamiento de servicios, ya que las prestaciones que normalmente corren a cargo del licenciante del *know-how* (asesoría, asistencia técnica, etc.) comparten características propias de ese contrato. La nota distintiva es que en el *know-how* hay un elemento ausente del arrendamiento, que es el derecho a la explotación comercial de los conocimientos que recibe el licenciatario.

Con el contrato de asistencia técnica la doctrina distingue ambas instituciones; si bien la asistencia técnica puede ser conceptuada como la asesoría brindada al beneficiario sobre el proceso de fabricación, prestación de servicios, instrucción de su personal, etc.; este contrato es un elemento del contrato de *know-how*, no siendo posible sostener que toda asistencia técnica implica una cesión de *know-how*. En consecuencia, «...los conocimientos objeto del contrato de *know-how* son secretos, y es esta característica la que marca la nota distintiva ya que la asistencia técnica no supone transmisión alguna de conocimientos de tal naturaleza, sino más bien la ejecución de todos aquellos servicios complementarios que permitan el desarrollo de la tecnología por parte del beneficiario».[17]

7. EL OBJETO DEL CONTRATO

En el contrato de licencia de *know-how* caben prestaciones de dar, hacer y no hacer; ello depende de la tecnología de que se trate de trasmitir en el contrato. En la mayoría de los casos nos encontramos ante una obligación de dar o de hacer, pues la obligación de no hacer no contribuye al desarrollo y finalidad del contrato, entendido como parte de su función económica. Ello se explica en tanto los conocimientos deben tener aplicación industrial o comercial; la información debe ser útil para fabricar la elaboración de un producto sea en forma manufacturada o industrializada con el objeto de contribuir a su eficacia en su elaboración y contenido. En igual sentido se pronunciaba el jurista Arias-Schreiber.[18] A decir de Massaguer, normalmente «... se trata de conocimientos caracterizados por su ad-

[17] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 112.

[18] *Id.*, p. 253

quisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación.»[19] Es interesante señalar que originalmente se consideró que los conocimientos objeto del contrato siempre debían estar referidos al desarrollo de una patente, concepto actualmente superado, pues se entiende que puede tratarse de información que no guarde relación alguna con la explotación de una patente, y sea autónoma en sí misma y no complementaria.

Son conocimientos caracterizados por su adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación. Se trata de conocimientos que no son protegidos por la legislación industrial. No son, pues, sujetos a la protección de registro alguno, por su propia naturaleza, o porque, siendo patentables, no han sido registrados como tales. Estos conocimientos deben ser secretos. Este carácter debe ser globalmente considerado, lo que significa que no hace falta que todas y cada una de las informaciones transmitidas sean secretas, sino que lo sea el conjunto de ellas. El conocimiento debe tener valor patrimonial intrínseco, aún cuando en el contrato se pacte su gratuidad. Lo común es que la información transmitida debe tener un valor económico para el licenciatario, y ser relevante para el proceso productivo o comercial de que se trate, salvo el caso que su utilidad consista en la no utilización del conocimiento a efecto de detraer su aplicabilidad en el tiempo, caso en el cual el licenciatario se encuentre interesado en mantener dicho conocimiento fuera del mercado a efecto de evitar la competencia. Esta característica guarda estrecha relación con la calidad secreta de los conocimientos, la misma que determina que sean ventajosos para quien los adquiere al no ser de dominio público.

8. ELEMENTOS DEL CONTRATO: PERSONALES Y ESPECIALES

8.1. Elementos personales

El contrato de *know-how* es contraído por dos personas, las cuales indistintamente pueden ser o bien personas naturales o personas jurídicas, nacionales o extranjeras. Respecto a estas últimas, habrá que tener en cuenta las disposiciones sobre tecnología contenidas en la Decisión Nº 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, siempre que sea extranjero el licenciante o transmitente de la tecnología.

Son de aplicación a este contrato las normas generales sobre capacidad de las partes, de manera que para las personas naturales se exigirá la capacidad plena a que se refiere el artículo 42 del Código Civil, y tratándose de las personas jurídicas será necesario que estas actúen representadas por los órganos que se encuentren debidamente facultados para obligarlas válidamente.

---

[19] José MASSAGUER, *op. cit.*, p. 39.

Una de las partes es el licenciante, quien es el titular del conocimiento secreto y la otra parte es el licenciatario o receptor quien es el que se beneficiara de dicho conocimiento luego de la suscripción del contrato, previo pago a tal efecto.

8.2. Elementos especiales

Una vez determinada la necesidad de establecer criterios claros a fin de pretender elaborar un concepto de *know-how*, y en consecuencia, del contrato en virtud del cual se transfieren los conocimientos que importan dicha figuras jurídica, es imprescindible ahora contemplar los conceptos que debe contener necesariamente el contrato de *know-how*.

8.2.1 El conocimiento

En primer lugar, debemos determinar el conocimiento, es decir, la manifestación del pensamiento humano, un saber relacionado con una actividad. En este sentido, resulta importante ampliar el concepto aplicado por la mayoría a conocimientos técnicos aplicables a la industria.

El desarrollo de la figura jurídica y la necesidad de los particulares por incluir en dicho concepto otras manifestaciones del saber humano han llevado a ampliar dicho concepto de forma tal que se involucren no sólo los conocimiento de orden técnico, sino los comerciales, de forma tal que éstos permiten incorporar procesos, medios o modelos que, aplicados a una determinada rama de la actividad humana, permiten que los particulares sean más eficientes en la competencia por el mercado y, en consecuencia, sean de vital importancia.

En consecuencia, resulta limitativo lo señalado por Stumpf al manifestar que «el *know-how* constituye un bien inmaterial («saber») que se limita exclusivamente al campo industrial...».[20] Esta definición ha sido superada por el propio desarrollo del concepto. En todo caso, debemos tener en cuenta que dicha reducida concepción es la que se desarrolló al inicio del estudio de la figura jurídica de que trata el presente estudio, en todo caso, si bien no es equivocada, es incompleta o desfasada.

Finalmente, resulta necesario precisar que, sea cual sea el conocimiento o parte del saber humano incorporado como *know-how*, éste debe materializarse, es decir, las ideas de por sí no son susceptibles de protección, deben de concretarse en un determinado documento o modelo. El correlato en la realidad del conocimiento humano es en realidad el destinatario de la protección que se le otorgue.

8.2.2. Secreto

Es otro elemento esencial del contrato de *know-how*, resulta necesario que el propietario del conocimiento esté en aptitud mental de reserva respecto del mismo,

[20] Herbert STUMPF, *op. cit.*, p. 9.

de forma tal que sea esta aptitud la que impida que cualquier persona que esté directamente vinculada o no al objeto materia del conocimiento pueda tener acceso fácil al mismo. El secreto en realidad supone adoptar un mínimo de diligencia respecto del acceso al mismo, requiere, por tanto, de la adopción de mecanismos mínimos para las circunstancias del lugar y el momento, con el fin de que el conocimiento no sea de fácil acceso a las demás personas.

En ese sentido, el concepto de secreto es de por sí relativo, toda vez que supone un conocimiento adicional respecto de otro y, por tanto, sólo surge cuando exista una pluralidad de personas. El poseedor del conocimiento en secreto debe tener interés en mantenerlo oculto a otras personas en la media que estas pueden tener interés en conocerlo y explotarlo económicamente. Es por esta razón que Stumpf define a esta característica como una especie del «monopolio del saber».

Bajo el esquema desarrollado por Stumpf, autor que le ha dedicado un estudio más detenido del tema, el *know-how* es, en suma, un secreto relativo –en la medida que es posible acceder a él en determinadas circunstancias a diferencia del absoluto que es inalcanzable para el ser humano y que está más vinculado con la metafísica– y dentro de estos secreto relativo, el es predominantemente voluntario y excepcionalmente accidental, Los primeros son aquellos que designan un saber que permanece oculto a ciertas personas, porque los conocedores del mismo ponen conscientemente obstáculos para impedir el conocimiento por parte de los terceros interesados.

Finalmente, debemos destacar que, a similitud de otras ramas de la ciencia jurídica, el secreto desempeña un importante y complejo papel, y es precisamente ésta la razón por la que las normas jurídicas establecen diferentes modos de protección. Es claro, por tanto, que la protección jurídica variará según el objeto o correlato en virtud del cual se otorgue la misma, así como el vínculo en virtud del cual se basa la obligación del secreto.

El secreto debe ser un conocimiento que responde a un interés jurídicamente apreciable por parte de un particular, siendo de interés aquellos conocimientos de carácter secreto relativos a la gestión de una empresa, vinculados a la técnica industrial o comercial, en su caso.

9. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

9.1. Derechos y obligaciones del cedente

9.1.1. Derechos del cedente

- El principal derecho es recibir el pago convenido a cambio de la prestación estipulada, salvo que el contrato sea a título gratuito, lo cual, si bien es posible, es igualmente poco frecuente. Este pago consiste normalmente

en una regalía, a menudo porcentual sobre los ingresos del beneficiario, aunque también podría tratarse de una cantidad fija.

- Tiene derecho a exigir que el beneficiario guarde secreto de los conocimientos que transfiere, y este derecho a la confidencialidad, en caso de no ser respetado, le dará facultad de exigir la reparación de los daños y perjuicios, incluyendo el daño personal.
- Tiene derecho a que se explote la técnica transmitida por parte del beneficiario.
- Tiene derecho a que se cumplan con las exigencias de calidad impuestas en el contrato.
- Tiene derecho a que se le comunique de las mejoras producidas durante la explotación de la técnica transmitida.
- Finalmente, tiene derecho a exigir al beneficiario el cumplimiento de los llamados «acuerdos enlazados», entendiendo por ellos el suministro de materias primas, equipos o servicios.

9.1.2. Obligaciones del cedente

- La principal obligación es la de transmitir el *know-how*, es decir, el cedente se obliga a suministrar al beneficiario toda la información que sea necesaria para que éste pueda ponerla en práctica.

  Por la complejidad de los conocimientos técnicos de un contrato de esta naturaleza, esta obligación debe necesariamente llevar implícita la plena comunicación de los conocimientos técnicos o avances que constituyen la esencia del *know-how* objeto del contrato. Ello se traduce en documentación o elementos técnicos que contenga la información relevante a transmitir, como es el soporte material del *know-how* que puede ser: esquemas, muestras, memorias explicativas, cálculos, manuales de instrucciones, etc.

- Se obliga a brindar asistencia técnica al beneficiario, la misma que se encontrará condicionada a lo estipulado por las partes. Al respecto debemos precisar que la asistencia técnica no puede ser confundida con el objeto del contrato de *know-how*, sin embargo suele formar parte de las obligaciones asumidas por el cedente, como complemento a la información puesta a disposición del beneficiario de la tecnología.

  Sobre el particular, Massaguer sostiene que «...existe una enorme diferencia, tanto en la configuración contractual como en la finalidad de la asistencia técnica que habrá de prestar el cedente, según ésta se incluya en el marco de una transmisión de *know-how* entre empresas de un nivel tecnológico similar o a favor de una empresa sin un nivel tecnológico avanzado.

En el primer caso la asistencia técnica reviste un carácter puntual, puramente accesorio y se estructura como cláusula de contrato principal. En el segundo, la asistencia técnica adquiere un carácter casi tan esencial como el contrato de *know-how*».[21]

Las modalidades de la asistencia técnica pueden ser: la formación de personal, tanto mediante su selección como su entrenamiento, la asistencia a la explotación, la asistencia a largo plazo; etc.

- Se obliga a la garantía de resultados, en tal caso el cedente puede convenir un aumento en la producción del beneficiario. Puede ser frecuente en los contratos de esta índole que el beneficiario imponga una cláusula mediante la cual se le garantice un aumento de producción y de ventas, a consecuencia de la tecnología que adquiere, sin que exista en la legislación alguna disposición referente a la responsabilidad del cedente respecto a la mejora de resultado.

  Es conveniente que cuando en un contrato de *know-how* se pacte la responsabilidad del cedente por los resultados, se determine minuciosamente los criterios a seguir: aumento de ventas en porcentaje determinado, menores costos de producción, los resultados que se garantizan específicamente, las modalidades de garantía asumida y como deberá satisfacerse la misma.

- Puede asumir la obligación de abstenerse de ceder el *know-how* a terceros, de manera que se configure un pacto de exclusividad a favor del beneficiario. En estos casos es frecuente que el beneficiario exija del cedente el compromiso mediante el cual se obliga a no concluir con un tercero un contrato que tenga por objeto la transmisión y autorización de uso del *know-how* objeto del contrato. La referida abstención puede estar circunscrita a límites geográficos, por ejemplo, no transmitir los conocimientos a ninguna persona natural o jurídica en el territorio de la República del Perú, sin embargo sí a otros países. Finalmente la exclusividad no es inherente al contrato y nada impide que éste no se pacte con ese carácter.

- Está obligado a mantener en secreto la información objeto del contrato, de manera que no pase a dominio público. De lo contrario, el beneficiario sufriría graves perjuicios y el *know-how* perdería todo su valor y razón de ser. Massaguer opina que «bien puede afirmarse que el secreto de los conocimientos técnicos integra el valor económico del *know-how* y constituye, por sí, un elemento esencial del contrato de licencia de *know-how*. Así, sólo es imaginable un contrato de licencia de *know-how* cuando se trata de conocimientos secretos, por lo que el contrato de licencia de *know-*

[21] José MASSAGUER, *op. cit.*, p.169.

how que no versa sobre información técnica ni secreta es nulo por inexistencia de objeto.»[22]

– En cuanto a la responsabilidad del cedente, debemos manifestar que existen tres variantes:

La responsabilidad por vicios existentes al concluirse el contrato, en este caso el cedente del *know-how* tiene que responder por la realizabilidad técnica y la utilizabilidad del objeto. En caso de garantizarse cualidades que le interesan al beneficiario, el cedente tendrá que responder por la existencia de las cualidades prometidas.

Por otro lado, la responsabilidad por hechos que se producen durante la vigencia del contrato. Al respecto, el cedente responde por los hechos que se producen durante la vigencia del contrato y que menoscaban el derecho de utilización del beneficiario, produciéndose –en consecuencia– la suspensión o la reducción de las regalías. Asimismo, responde por la violación positiva del contrato, en cuanto no responda ya en virtud de los principios de garantía o de mora en todos aquellos casos en que deja de cumplir culpablemente sus obligaciones derivados del contrato.

Finalmente, acerca de las convenciones de la responsabilidad, podemos afirmar que el cedente tendrá que verificar cuidadosamente, antes de concluir el contrato, qué responsabilidades contrae y sopesar los riesgos. Si le resultan demasiado grandes, podrá reducirlos intentando excluir o limitar su responsabilidad mediante estipulaciones contractuales.

9.2. Derechos y obligaciones del beneficiario

9.2.1. Derechos

– Derecho a la efectiva transferencia de conocimientos

Si aceptamos que el contrato de *know-how* supone siempre una transferencia a título de uso y con limitaciones al disfrute, resulta obvio que por efecto del contrato, el cesionario adquiere un crédito frente al cedente que consiste en la percepción del contenido del *know-how*, es decir, el conocimiento propiamente dicho, sea comercial o industrial. En consecuencia, surge la obligación de transmitir toda aquella información que sea necesaria para que el cesionario pueda ponerla en práctica.

– Derecho a percibir, cuando corresponda, la materialización del conocimiento

El conocimiento debe tener la virtud de ser materializable, toda vez que la transferencia de conocimientos por sí mismos no son susceptibles de determinación y en consecuencia de limitación de responsabilidad.

---

[22] *Id.*, p. 205.

– Derecho, cuando se pacte, a la asistencia técnica

Aún cuando el contrato de asistencia técnica es uno de carácter independiente, suele estar involucrado al contrato de *know-how*, que es más bien un contrato de naturaleza compleja y que por tanto pueden incorporar otros contratos o que, por el contrario, ser parte de un proceso de contratación más complejo.

– Derecho, cuando se pacte, a la exclusividad en el conocimiento y al mantenimiento de la reserva

Si bien este puede no ser un requisito de todo contrato de *know-how*, como lo señaláramos líneas arriba, el beneficiario del mismo suele solicitarlo. Ello, obviamente importa un incremento sustancial en el precio de la transferencia.

9.2.2. Obligaciones

– Obligación del pago

La obligación del pago de la contraprestación pactada es obviamente la prestación principal al interior del contrato y suele ser el extremo de mayor complejidad en cuanto a su determinación. La forma en que se materializa el pago suele adoptar diversas forma, ya sea en un pago único o «forfait» a pagarse en una o varias entregas o, como cantidades periódicas o «royalties». Esta última es la más adoptada toda vez que, en la mayoría de casos, el producto de la transferencia suele materializarse –sobre todo en el caso de los conocimientos técnico-industriales– en un producto. Todo ello sin perjuicio que se pacte la transferencia a título gratuito.

– Obligación de mantener el conocimiento en secreto

Como lo desarrollaremos más adelante, la confidencialidad en el tratamiento de los conocimientos es un requisito propio de la transferencia y de la figura del *know-how*, por lo que deberá ser mantenido en secreto con lo que el beneficiario no sólo tiene esa obligación, sino, además, debe de adoptar las medidas necesarias para protegerlo de terceros. En el ínterin, y básicamente por efectos de la patentabilidad, los conocimientos podrían pasar a formar parte del dominio público con lo cual la obligación no resultaría exigible.

Adicionalmente, existe una vinculación implícita entre el cedente y los que, a órdenes del beneficiario, desarrollan la tecnología, tengan o no relación de dependencia laboral. En ese caso, el beneficiario deberá adoptar las acciones necesarias para impedir que sus dependientes o terceros vinculados con los conocimientos no los divulguen, o que, de hacerlo, asuman –por lo general– la obligación de pago de una penalidad de carácter civil.

– Obligación de explotar y hacer uso de los conocimientos transmitidos

Este extremo de la relación contractual puede traer varias dificultades, sobretodo si tenemos en consideración que bajo la modalidad de pago de regalías

el cedente está a expensas del desarrollo del conocimiento para obtener las ganancias correspondientes. Quizá esa sea la razón por la que el pago por la transferencia del conocimiento se realice en dos formas: una primera que importa la transferencia del conocimiento en sí, y una segunda, asociada a la regalía, que retribuye las ganancias en la aplicación del conocimiento.

– Obligación de comunicar las mejoras, innovaciones o utilidades descubiertas con ocasión del desarrollo del conocimiento transmitido

Este es, sin duda, uno de los extremos más complicados de la determinación de las condiciones de la transferencia. La posibilidad de descubrir nuevas aplicaciones al conocimiento transmitido sólo tiene razón de ser en la medida que se reconozca una propiedad sobre los mismos. Lo contrario sólo desincentiva al beneficiario y lo circunscribe a la sola aplicación. En suma, no favorece el desarrollo tecnológico, y en consecuencia, el tráfico jurídico.

10. LA PROTECCIÓN DEL SECRETO TÉCNICO INDUSTRIAL Y COMERCIAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

10.1. Los aspectos que involucra la protección del secreto técnico industrial y comercial

El *know-how* es una forma de derecho de protección industrial, por cuanto carece de las características de un derecho exclusivo. No obstante, la Cámara Internacional de Comercio incluye el *know-how* entre los derechos de protección industrial, «porque ha llegado a ser un componente extremadamente importante de esos derechos». Si el *know-how* es objeto de algún desafuero, las consecuencias jurídicas tendrán que ajustarse a la persona del que lo haya cometido.

Es por ello que Cabanellas manifiesta, con ocasión de las razones que sustentan un determinados régimen de protección de figuras jurídicas como el *know-how*, que «el régimen jurídico aplicable a la tecnología no nace de especulaciones axiológicas abstractas... responde a necesidades concretas de los sistemas productivos, en general, y de los órdenes económicos descentralizados, en particular, conocer los motivos económicos de las normas jurídicas resulta siempre necesario a efectos de su adecuada interpretación y de su ajuste a las condiciones productivas del país en que se han de aplicar».[23]

Seguidamente analizaremos las principales consideraciones a tener en cuenta para efectos de contar con una adecuada protección de los derechos originados en virtud de un contrato de *know-how*.

---

[23] Guillermo CABANELLAS, *op. cit.*, p. 97.

10.1.1. Protección contra el beneficiario

Al no contar con una legislación que regule el contenido del contrato de *know-how*, el cedente tiene que valerse, antes que nada, de sus pretensiones contractuales ante la falta de buena fe comercial del beneficiario. Estas ausencias de buena fe pueden traducirse –llevándolo al extremo– en una trasgresión positiva del derecho. Lo que se requiere es comprobar que el beneficiario es culpable de un incumplimiento de sus obligaciones, por lo que no es el cedente el que tiene que probar la culpabilidad de la otra parte –lo que a menudo tampoco estaría en condiciones de hacer por lo complicado de la probanza–, sino el autor del daño –el beneficiario– quien debe cargar con la prueba a fin de demostrar que él no es culpable.

El cedente se ve en dificultades considerables para aportar la prueba de que el beneficiario ha violado el contrato, puesto que carece de control sobre lo que acontece en la gestión y desarrollo de los conocimientos transmitidos. En todo caso, resulta claro que, teniendo los conocimientos el carácter de secreto, es relativamente fácil determinar al responsable del perjuicio.

Para que el cedente pueda pretender acciones resarcitorias de una lesión positiva respecto del *know-how*, tiene que haber sufrido un perjuicio efectivo del que tiene, en consecuencia, que ser indemnizado. Probar esto puede resultar difícil en muchos casos. Como lo señala Stumpf, si el contrato no está aún concluido y se está todavía en la etapa de las negociaciones previas, el futuro beneficiario del *know-how* tiene igualmente la obligación de tratar como confidenciales los secretos que con ocasión de las tratativas se les transmiten, toda vez que esta etapa requiere de la verificación de la aplicabilidad de los conocimientos técnicos. Si no cumple con esto tiene que indemnizar al cedente por el daño sufrido, de acuerdo con los principios de la culpa y de responsabilidad precontractual. En todo caso, lo que será difícil de probar en esta circunstancia es que efectivamente se ha revelado el conocimiento que debía mantenerse en secreto, porque el beneficiario suele entonces defenderse afirmando que el cedente sólo le dio informaciones que ya conocía, o que se ha valido de trabajos de desarrollo propios y no aprovechando un secreto ajeno, argumento que resulta plenamente sustentable más aun si en el desarrollo de la técnica cedida el beneficiario puede descubrir, potencialmente, nuevas aplicaciones.

Para poder aportar esa prueba es recomendable, por tanto, fijar con toda exactitud, al iniciarse las negociaciones, cuáles son las informaciones que se considerarán secretas y que por ende habrán de tratarse como confidenciales. Es común concertar sobre este punto un pre-contrato cuyo contenido establezca claramente el conocimiento materia del contrato y su correlato en la realidad.

De la misma forma que las acciones resarcitorias contractuales y cuasi-contractuales, rigen las normas legales generales sobre la obligación de indemnizar, en especial las del derecho delictual. No obstante, debe tenerse en cuenta que esas acciones cobran singular importancia cuando hay que vérselas con un

competidor con el cual no hay vínculos contractuales. No obstante, deberá tenerse en cuenta una vez más que al tener los conocimientos el carácter de secreto, resulta fácil llegar a verificar al autor de la infidencia.

Sería de aplicación las sanciones indemnizatorias para sancionar a quien utilice sin derecho –y como lo señala Stumpf–, con fines de competencia o para beneficio propio, modelos o normas de índole técnica, especialmente dibujos, modelos, matrices, cortes y recetas que le han sido confiadas en el curso de las relaciones comerciales, o trasmita esos elementos a terceros. Queda comprendido en esta disposición el empleado desleal del co-contratante, a quien puede alcanzar la susodicha pena.

Luego de todo lo expuesto, es posible entender lo referido por Cabanellas al considera que, «a efectos de lograr una adecuada circulación de tecnología, el orden jurídico debe asegurar, por una parte, que quien transfiere conocimientos obtenga una compensación que refleje el valor de éstos, y por otra, que quien los adquiere tenga un grado razonable de seguridad respecto de la utilidad de los conocimientos adquiridos...».[24]

10.1.2. Protección frente a un empleado

Se requiere una ley contra competencia desleal, que establece una pena para quien, siendo empleado, obrero o aprendiz de un establecimiento comercial, comunica a alguien sin derecho y durante su relación de dependencia, un secreto comercial o de explotación que le ha sido confiado o al que tuvo acceso en su calidad de tal, sea que cometa esa incidencia con fines de competencia, para beneficio propio o como mero ánimo de perjudicar al dueño del establecimiento. En el caso de la legislación peruana la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Ley Nº 26122– contempla como actos de competencia desleal la divulgación de este tipo de información calificada como de carácter reservado así como las correspondientes sanciones administrativas.

Otras obligaciones de guardar secretos y prohibiciones de utilizar conocimiento tiene su fuente en el Derecho Laboral. A falta de estipulaciones especiales, el empresario cuenta, para accionar contra el trabajador, con pretensiones por omisión y también por indemnización, fundadas en la obligación de lealtad postcontractual propias de la relación laboral y de dependencia incluso en el aprendizaje de los conocimientos materia del *know-how*. Para la existencia de esas acciones que desencadenan la comisión de falta grave de carácter laboral, así como las acciones administrativas correspondientes frente a la competencia desleal, es decisiva la cuestión de la antijuridicidad.

---

[24] Guillermo CABANELLAS, *op. cit.*, p. 115.

Como toda aquella medida destinada a sancionar el perjuicio a nivel judicial o administrativo, requiere del análisis de los intereses del trabajador así como del empleador. En ese sentido, sólo habrá antijuridicidad si se llegase a comprobar, sobre la base de circunstancias especiales, y en cada caso en particular, que por razón de los legítimos intereses del empleador no resulta injusto que el trabajador se atenga a la obligación de guardar secretos y la prohibición de utilizar conocimientos. En ese sentido, la doctrina de países que contemplan medidas resarcitorias para dicho incumplimiento han sostenido que existe esa tácita prohibición o, en su caso, esa obligación, cuando un empleado, que percibe una remuneración elevada y deja la empresa al poco tiempo de haber ingresado en ella, utiliza un secreto de la misma (un proceso, modelo o mecanismo en el que nada ha contribuido) para organizar una empresa propia del mismo ramo. Su futuro profesional podría considerarse asegurado aún sin que necesariamente explotara ese secreto, toda vez que es el conocimiento el que originaría, de por sí, el perjuicio.

Como lo señala Bravo, es verdad que de esta manera la jurisprudencia sólo consigue atenuar algunas injusticias aisladas, toda vez que no ofrece una protección eficaz, contra la infidencia cometida después del cese de la relación laboral. Esa tutela sólo puede ser creada por vía de una estipulación en el contrato de trabajo así como con respecto de lo contractual. Claro está que si el trabajador saliente puede ejercer sin limitaciones una actividad equivalente, aún sin utilizar el *know-how* que es propiedad del establecimiento, basta incorporar al contrato de trabajo una simple obligación de guardar en secreto el conocimiento adquirido.

No es posible establecer unívocamente hasta qué punto un empleado está obligado a guardar un secreto aun a falta de estipulación contractual, esto depende, entre otros factores, de la posición que el empleado ocupa y de la capacidad de protección del conocimiento secreto.

10.1.3. Protección frente a un tercero

No habiendo en este caso vínculo contractual alguno, resulta casi imposible pretender iniciar algún tipo de acción indemnizatoria, por lo que sólo exista la posibilidad de iniciar las acciones a fin de verificar la posible existencia de competencia desleal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Nº 26112 sobre Represión de la Competencia Desleal.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que –como lo señala Stumpf– en el caso de la explotación industrial instalada y practicada, el derecho presenta diferencias con respecto a las otras figuras delictivas–, se trata de una llamada figura «abierta». En los demás actos ilícitos la antijuridicidad de la conducta queda establecida una vez que se dan los presupuestos fácticos. Esto se explica porque cuando un acto es adecuado a una figura delictiva ello indica su antijuridicidad. Las figuras jurídicas de actos ilícitos no son más explotación industrial. Una intrusión en ese derecho no es necesariamente un acto antijurídico, tal como lo sería una

intrusión en la propiedad. Es bueno recordar que en la competencia normal mucho de lo que se hace menoscaba la obra de los competidores, mas esa conducta es por lo menos lícita.

Por tal motivo, en el caso a que nos referimos, y como consecuencia de la acción administrativa de represión a la competencia desleal, es en principio necesario comprobar positivamente que una intrusión en la explotación industrial, instalada Y practicada por otra persona, es antijurídica, es decir, que infringe los preceptos generales del ordenamiento jurídico, en suma, afecta a la buena fe comercial. Si un acto de competencia es lícito desde el punto de vista del derecho en general, no será antijurídico desde el ángulo de esa figura delictiva. Por eso, tampoco es ilícito utilizar un *know-how* siempre y cuando que no haya sido desleal su adquisición. Con ello, queda demostrada la enorme vinculación entre las acciones administrativas y las de orden civil.

De otro lado, si el *know-how* es solamente utilizado por un tercero, la antijuridicidad tendría que ser positivamente probada. La imitación servil, tal como la califica la Ley Nº 26122 sobre Represión a la Competencia Desleal, se configura cuando se ha realizado observando en lo servil las mismas medidas que tiene el modelo. No obstante, es ilícita solamente cuando concurren circunstancias especiales, es decir, cuando se limita un producto sin determinar su distitividad, similar al promedio, y la competencia lo lanza al mercado sin preocuparse por el peligro de confusión. También es ilícita la elaboración cuando la competencia ha obtenido los conocimientos de secretos o de planos y dibujos que necesitaba de una manera desleal (es decir, mediante espionaje de fábrica, hurto o instigación a empleados a cometer infidencias). En dicho supuesto, ya no es necesario que el objeto sea un producto *sui generis* superior al promedio, ni que pueda ocurrir una confusión en el tráfico jurídico del mismo. Ilícita puede ser, asimismo, según la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia, una imitación sistemática, que según las definiciones establecidas por la Ley Nº 26122, sólo configura competencia desleal cuando la copia de las iniciativas empresariales son sistemáticas, y con el fin de crear confusión.

Como se puede apreciar, esta tutela, ejercida a través de las doctrinas mencionadas, no es tan típica ni predecible como la tutela que brinda una patente. En ese sentido, la ley sólo autoriza la formulación de pretensiones cuando ha habido una adquisición desleal de conocimientos y como consecuencia de ello se ha originado un perjuicio o se tiene la amenaza. En consecuencia, un cedente de *know-how* no cuenta con la posibilidad de proceder contra la difusión de un *know-how* de igual contenido que el suyo, obtenido independientemente de las mejoras hechas por él cuando no se ha efectuado de manera desleal.

La protección jurídica, en el marco de un contrato de *know-how*, pasa al beneficiario cuando éste es definitivamente enajenado, o sea, mediante un contrato similar al de compraventa de conocimientos. En dicho supuesto, el beneficiario

solamente puede obtener el mismo derecho así como las facultades y limitaciones a la protección que tenía el cedente. No obstante, cabe resalta que en algún supuesto, para el cedente, el *know-how* puede no constituir un derecho de utilización exclusiva. Por consiguiente, tampoco puede poseer un derecho de esa índole el beneficiario y, asimismo, tampoco puede pretender que el cedente se abstenga de seguir utilizando ese *know-how*, a menos que esto haya sido expresamente prohibido en el contrato.

10.2. Protección de los «secretos comerciales»

La información se ha convertido en el activo de mayor utilidad en la empresa contemporánea y en toda organización, sea ésta lucrativa o no. Ello supone, sin embrago, el considerar que existen muchos empresarios nacionales que no dan importancia a la estandarización de sus procedimientos, métodos o técnicas para la fabricación de sus productos o la prestación de sus servicios.

En consecuencia, resulta necesario que el empresario se de cuenta de la importancia de desarrollar información útil y estándar para su organización y, asimismo, protegerla garantizando su uso y explotación en la esfera privada y confidencial. De ello, cualquier intento de regulación eficiente pasa obligatoriamente por satisfacer las necesidades del grupo empresarial, pero si éste no toma conciencia de la importancia de su participación y promoción, vanos son todos los intentos.

Como lo señala Cáceres Barraza, el saber de contenido industrial cada vez ocupa menos espacio o por lo menos se complementa frente a un nuevo concepto de contenido meramente empresarial, el *know-how* comercial o conocimientos comerciales u organizacionales de capital importancia en la gestión de una empresa, es decir, aspectos como el control de gastos, planificación financiera, prácticas comerciales y contables eficientes, entre otros. Ya desde 1996 la Cámara Internacional de Comercio reconoce «la existencia del conocimiento comercial y exige protección especial para ésta (Informe de sesión 17 de febrero de 1961)».[25]

El Decreto Legislativo Nº 823, Ley de Propiedad Industrial, en su Título VIII (artículos 116 y siguientes), sólo contempla la protección al conocimiento secreto de carácter industrial, sin contemplar el instrumento en el que están contenidos. Así, el artículo 117 establece que son susceptible de protección con secreto industrial tanto el conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general, como el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales, resultantes del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual que guarde una persona con carácter confidencial y que le permita obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros.

---

[25] César Augusto CÁCERES BARRAZA, «Protección jurídica de los secretos comerciales», en *El Peruano*, p. B-16.

Como se puede apreciar, el concepto incorporado por al norma está destinado a la protección del conocimiento industrial sin vincularlo necesariamente al conocimiento comercial. De ahí que la posibilidad de iniciar una acción administrativa a fin de proteger un interés protegido puede encontrarse con la dificultad por la cual la administración puede no considerar como protegible los conocimientos de orden comercial.

En suma, el legislador peruano ha sido poco consecuente con el desarrollo de las normas internacionales que protegen la información comercial; en alguna legislación extranjera encontramos regulada la figura del «secreto comercial» que determina la protección tanto del conocimiento técnico como del comercial, resguardando al titular de aquél e incentivándolo al desarrollo de más y mejor información que otorgue utilidades a las empresas y al consumidor, ya que se obtendrán productos y servicios de calidad y eficientes.

10.3. El conocimiento debe ser patentable

Los particulares no sólo se alejan o no adoptan la figura de la patente con la finalidad de gozar de una mayor tiempo de protección, sino por otras muy diversas razones. En todo caso, dicha circunstancia no debe llevarnos necesariamente a sostener que el conocimiento debe encuadrar necesariamente en una patente, puede que el conocimiento sea patentable como que no lo sea, y depende del interesado tomar la opción de patentarlo o simplemente no hacerlo por no convenirle y mantenerlo como secreto industrial.

En ese sentido coincidimos con lo señalado por Arias-Schreiber al señalar que los conocimientos materia del *know-how* «no son pues sujetos a la protección de registro alguno, por su propia naturaleza o porque, siendo patentables, no han sido registrados como tales»;[26] la característica del secreto no permite en realidad conocer cuántos y cuáles son las posibilidades que, en la realidad, se pueden presentar respecto de un conocimiento en particular.

La realidad comercial suele desarrollar con mayor velocidad las concepciones y modelos jurídicos vinculados a los conocimientos, por lo que los mecanismos de protección jurídica suelen estar desvinculados respecto del desarrollo de las transacciones económicas.

11. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Por expiración del plazo de duración pactado.- El contrato es por su naturaleza de duración limitada en el tiempo. De ahí que transcurrido el plazo estipulado, el licenciatario deberá abstenerse de explotar los conocimientos objeto del contrato.

---

[26] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 125

Si no se hubiera pactado un plazo determinado y si se tratara de un contrato de ejecución continuada, resultara de aplicación el principio general contenido en el art. 1365 del Código Civil, de manera que cualquiera de las partes podrá ponerle fin mediante aviso notarial remitido con treinta días de anticipación. Esta norma no regirá tratándose de un contrato de ejecución inmediata.

Por resolución o rescisión.- Son así de aplicación las normas generales de resolución por incumplimiento o imposibilidad de la prestación contenidas en los arts. 1428 y siguientes del Código Civil, tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas. En cuanto a la rescisión, serán también aplicables las disposiciones generales referidas a la lesión (art. 1447 y siguientes del C.C.)

Por las causas generales aplicables a la extinción de las obligaciones.- Así se extinguirán las obligaciones nacidas del contrato de *know-how* por compensación, condonación, transacción, consolidación, novación mutuo disenso, etc.

Por liquidación de las partes.- Tratándose de personas naturales, el fallecimiento de una de las partes, en principio, no determina la extinción de las obligaciones a su cargo pues éstas son transmisibles a los herederos, salvo que hubiesen sido pactadas con el carácter de intuito personae.

Los efectos de la terminación del contrato pueden presentar cierto grado de dificultad que merece tenerse presente a efecto de prever las obligaciones postcontractuales.

La dificultad surge del hecho que el *know-how*, una vez comunicado, no es susceptible de ser «devuelto» al licenciante, por lo menos en su aspecto inmaterial. Si bien pueden restituirse los documentos, planos, notas informativas, etc. que les servían de soporte, los conocimientos en sí mismos ya han sido adquiridos y forman parte del bagaje de información del licenciatario. Es preciso, por ello, asegurarse contractualmente que el licenciatario cese en la utilización del *know-how* una vez terminado el contrato.

Debe considerarse la situación del licenciatario, cuando se trata de una empresa industrial que ha empleado el *know-how* en la fabricación de determinados productos y, una vez concluido el contrato, subsisten en su «stock» bienes fabricados con la tecnología adquirida. Será preciso en estos casos establecer contractualmente un régimen que solucione las posibles dificultades que puedan presentarse. Por otro lado, el deber de reserva al que se encuentra obligado el licenciantario, como depositario del secreto por un tiempo determinado; así como la limitación para desarrollar actividad ligada o relacionada al contrato de *know-how* en la medida que pueda competir con el mismo cedente o licenciante.

Capítulo XXXII
CONTRATO DE UNDERWRITING

1. Orígenes y antecedentes. 2. Concepto. 3. Función económica: 3.1.Medio en el que se desarrolla el contrato de *underwriting*; 3.2. Segmento del mercado de valores; 3.3. Operaciones de *underwriting*. 4. Elementos del contrato: 4.1. Elemento personal; 4.2. Elemento real. 5. Características del contrato. 6. Naturaleza jurídica y relación con otros contratos; 6.1. Con el contrato de comisión mercantil; 6.2. Con el contrato de compraventa; 6.3. Con el mandato; 7. Modalidades del *underwriting*: 7.1. Colocación en firme; 7.2. Colocación con prefinanciamiento; 7.3. Colocación no firme; 7.4. De garantía; 7.5. Colocación en base de mayores esfuerzos.

1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES

El origen de este contrato se encuentra en el derecho anglosajón de fines del siglo XVIII, siendo el antecedente más remoto de esta figura el seguro marítimo en el que se asumía el riesgo del viaje. En el siglo XIX, conjuntamente con el crecimiento de la gran empresa industrial, surgió la conveniencia de recurrir al crédito del público. Es así que existían empresas especializadas que se dedicaban a la promoción de títulos valores y a la búsqueda y colocación de los mismos entre el público inversionista. Como es de preverse, estas entidades debían tener un gran conocimiento del mercado de capitales a fin de desarrollar su labor a cabalidad.

La palabra *underwriting* tiene dos acepciones, una referida a los contratos de seguros y la otra al convenio de suscripción y colocación de valores. Este uso común de la acepción se debe al origen de la figura, que está ligada al derecho de seguros, del cual ha surgido, y por otro lado, el desarrollo de esta denominación

con la figura del *underwriting* se conoce actualmente, es decir, relacionado con el medio financiero y mercantil.

Es por la razón expuesta que cierto sector de la doctrina, en nuestro medio identificado por Max Arias-Schreiber,[1] recomienda no utilizar la expresión *underwriting*, identificándolo en español como «contrato de emisión» y «colocación de títulos valores».

Si bien su origen es anglosajón, este contrato también ha tenido desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se encuentra legislado a través del Acta de Glass-Steagall de 1933, ley federativa que regula el registro de títulos valores que serán colocados al público, incluyendo la información relacionada con el emisor y la oferta.

Cabe indicar que el documento legal antes referido es muy completo, regula todos los aspectos de la emisión. Así, exige al emisor el cumplimiento de una serie de requisitos a fin de proteger a los inversionistas de posibles disfunciones en el mercado. Entre otras disposiciones prevé que la declaración de registro se acompañe de una completa información financiera, sin que ello implique un aval a la operación. En caso la información que se proporcione sea falsa o inexacta, el Acta ha regulado la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil e incluso penal, en él supuesto que se haya causado un perjuicio a los inversionistas.

Del mismo modo, la solicitud al registro de la declaración de una emisión a colocar por oferta pública es sometida a un examen, sólo después del cual se procede a otorgar el referido registro.

En resumen el Acta Glass-Steagal regula 3 etapas. La primera etapa es la preregistral, en la que se prohíben las ofertas tanto de venta como de compra de títulos, con algunas excepciones, por tanto está prohibida la publicidad de las emisiones en esta etapa, puesto que se busca evitar que los *underwriters* presionen a los inversionistas con la finalidad de apurar sus órdenes de compra sin haber analizado los valores ofertados. No obstante, sí se permiten los contratos preliminares entre emisores y *underwriters*.

La segunda etapa regulada por el Acta en comentario se refiere al período comprendido entre el registro de la declaración y la fecha en que ésta se hace efectiva. Durante esta etapa sí se permiten ofertas orales así como el envío de los denominados «prospectos estatutarios» –los mismos que son elaborados de conformidad con lo dispuesto en el Acta–, así como los prospectos preliminares, sumarios y los avisos con información específica sobre la emisión propuesta.

Cabe resaltar que los prospectos preliminares son conocidos como «red herring prospectuses», por la leyenda en tinta roja que indica que no constituyen ofertas

---

[1] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Contratos Modernos*, Gaceta Jurídica, T. II, p. 139 y ss.

de venta de títulos sino sólo información sobre ellos. Estos prospectos revelan datos sobre la emisión distintos al precio de los títulos, como son datos de una oferta pública registrada, pero aún no efectivizada, las que están sujetos a posteriores correcciones.

Por su parte, los prospectos sumarios contienen resúmenes de la información contendida en la declaración de registro. Los avisos con información específica (denominados *tombstone ads* o avisos necrológicos por los bordes negros que los encuadran) sólo revelan información determinada como identificación o precio de los títulos, así como todo otro dato que la Security Act considere apropiado.

Finalmente, la tercera etapa corresponde al período posterior a la fecha de autorización de la oferta pública, en el cual se procede a la colocación de los títulos.

En el ámbito europeo, la figura del *underwriting* es usada no sólo en Inglaterra, sino en Francia, España y Alemania.

La legislación española en el artículo 25 de la Ley de Mercado de Valores del 28 de julio de 1988 señala que la emisión no tiene que ser previamente autorizada; sin embargo se precisa que el Ministerio de Economía y Hacienda pueda disponer la autorización previa en caso que las emisiones sean exigibles por plazos que vayan más allá de un año.

En América Latina el desarrollo de esta figura no es uniforme. Así, en Brasil su difusión es muy amplia. En este caso la emisión de valores, se realiza mediante la intermediación de entidades especializadas de financiamiento que integran el sistema de distribución de valores inmobiliarios. La normatividad brasileña sobre la materia se ha visto notoriamente influenciada por la legislación norteamericana, es por ello que se enfatiza en la etapa informativa y en la protección de los inversionistas.

En Argentina no se ha regulado de manera específica éste tipo de contrato, sin embargo se aplican supletoriamente la Ley Nº 21526, Ley de Entidades Financieras, y la Ley Nº 17811, Ley de Oferta Pública de Títulos Valores, que se refiere a las sociedades emisoras, a los intermediarios y a las bolsas y mercado de valores.

El contrato de *underwriting* es una figura contractual no regulada en nuestro medio, no obstante que el mismo se celebra con cierta frecuencia, conjuntamente con la Oferta Pública Primaria de Valores Mobiliarios. La Ley de Títulos Valores (Ley 27287) define el concepto de Valor Mobiliario como aquellos emitidos en forma masiva, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan.[2]

---

[2] Art. 255.1. Son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan. Las emisiones podrán estar agrupadas en clases y series. Los valores pertenecientes a una misma emisión o clase que no sean fungibles entre sí, deben estar agrupados en series. Los valores pertenecientes

2. CONCEPTO

El contrato de emisión y colocación de títulos valores es un contrato financiero, por el cual una empresa emisora de títulos valores encarga a otra –generalmente un banco o entidad financiera– su colocación en el mercado, actuando como intermediaria y pudiendo otorgar garantías de ser el caso.[3]

En el mismo sentido, Bravo Melgar[4] lo define como el contrato celebrado entre una entidad que se configura en un intermediario financiero denominado «underwriting» y una Institución, entidad o sociedad emisora de valores mobiliarios, por el cual la primera se obliga a financiar a la segunda, en forma parcial o total, los recursos que obtendría como resultado de su colocación. Asimismo indica que no sólo se obliga a prefinanciar la colocación sino que además se compro-

---

a una misma serie, deben ser fungibles. Los valores sobre los cuales se hayan constituido derechos reales u otra clase de cargos o gravámenes dejan de ser fungibles, no pudiendo ser transados en los mecanismos centralizados de negociación, salvo que se trate de su venta forzosa.

255.2. Los valores mobiliarios son libremente negociables, en forma privada o mediante oferta pública a través de los mecanismos centralizados de negociación respectivos o fuera de ellos, observando la ley de la materia.

255.3. Pueden emitirse en títulos o mediante anotación en cuenta. Para la conversión de una a otra forma de representación, se observará la ley de la materia.

255.4. El régimen de representación de valores mobiliarios mediante anotación en cuenta, se rige por la legislación de la materia, y les son aplicables las disposiciones que contiene el Libro Primero y la presente Sección, en todo aquéllo que no resulte incompatible con su naturaleza.

255.5. Los valores mobiliarios podrán conferir a sus titulares derechos crediticios, dominiales o de participación en el capital, patrimonio o utilidades del emisor o, en su caso, de patrimonios autónomos o fideicometidos. Podrán también representar derechos o índices referidos a otros valores mobiliarios e instrumentos financieros, o la combinación de los derechos antes señalados o los que la ley permita y/o los que las autoridades señaladas en el Artículo 285 determinen y autoricen.

255.6. Los valores mobiliarios constituyen títulos ejecutivos conforme a la ley procesal, sin que se requiera de su protesto para el ejercicio de las acciones derivadas de ellos.

255.7. Cuando se trate de valores mobiliarios representados mediante anotaciones en cuenta, los certificados de titularidad emitidos por la respectiva Institución de Liquidación y Compensación de Valores, tendrán el mismo mérito ejecutivo señalado en el párrafo anterior.

255.8. Las medidas cautelares, embargos y demás mandatos de autoridad competente que recaigan en valores mobiliarios, surtirán efecto sólo desde su inscripción correspondiente que realice el emisor o la Institución de Compensación y Liquidación de Valores notificada, según se traten de valores en título o en anotación en cuenta, respectivamente.

[3] Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 142.

[4] Sidney BRAVO MELGAR, «Underwriting» en *Contratos Modernos*, Editora Fecat, Lima, 1995, p. 231.

mete a procurar la colocación de tales valores en el mercado primario, garantizando a su vez su total o parcial suscripción por parte de los inversionistas dentro de un plazo predeterminado, bajo el compromiso de adquirir el saldo de los valores colocados, siempre y cuando al término del plazo quedaran valores sin suscribir.

En cuanto a las Sociedades Agentes de Bolsa en su calidad de intermediadoras, la Ley del Mercado de Valores (D. Leg. Nº 861) las autoriza, en su art. 194,[5] a suscribir transitoriamente parte o la totalidad de emisiones primarias de valores así como adquirir transitoriamente valores para su posterior colocación en el público. Y en cuanto a la Ley del Sistema Financiero (Ley Nº 26702), el artículo 221, numeral 37, autoriza a los agentes de intermediación financiera a suscribir transitoriamente primeras emisiones de valores con garantías parcial o total de su colocación, estableciéndose cierta libertad de operación para las empresas bancaria y financieras, según la calificación se establece en el Título IV, Capítulo I, de la referida ley.

Algunos tratadistas consideran que el contenido obligacional puede ser variable con relación a una emisión en masa de valores mobiliarios, puesto que la entidad financiera, puede adquirir la totalidad de la emisión de Títulos Valores sin mediar previamente el transcurso de determinado plazo para tentar su colocación.

En el mismo sentido, Farina[6] afirma que el *underwriting* es utilizado como operación financiera para la colocación de obligaciones negociables emitidas por una empresa y, en general, títulos al portador para ser ofrecidos al público con el fin de obtener ingreso de fondos, adelantando el banco los fondos que después intentará recuperar, interesando a potenciales ahorristas en la adquisición de dichos títulos valores.

Por consiguiente, de lo antes expuesto, de acuerdo a la modalidad que se adopte, la entidad colocadora podrá prefinanciar total o parcialmente la operación, otorgando de inicio el capital requerido por la empresa.

Es importante indicar que la asunción del riesgo de la colocación por parte de la entidad colocadora es un elemento decisivo del contrato, que sin embargo no aparece en determinadas «modalidades».

En términos generales, podemos afirmar que el contrato de *underwriting* es aquel celebrado entre un intermediario financiero, «underwriter», y una sociedad emisora, por el cual la primera se obliga a prefinanciar a la segunda, parcial o totalmente, los recursos que se obtendrían como resultado de su colocación,

---

[5] Artículo 194: Las sociedades agentes están facultadas para efectuar las siguientes operaciones: (...) e) Suscribir transitoriamente parte o la totalidad de emisiones primarias de valores así como adquirir transitoriamente valores para su posterior colocación en el público.

[6] Juan M. FARINA, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 493.

garantizando su total o parcial suscripción dentro de un plazo, bajo el compromiso de adquirir en firme el saldo de los valores no colocados en caso que al término del plazo quedarán valores sin suscribir. Consiste, pues, en el acuerdo llevado a cabo entre una corporación que va a emitir valores vía oferta pública primaria y el agente colocador representante del grupo *underwriting* –asociación temporal entre bancos de inversión (*underwriters*), que operan de manera conjunta con el propósito de repartir el riesgo y asegurar una distribución exitosa de la oferta–. Representa el compromiso de los *underwriters* el de suscribir total o parcialmente la emisión. El beneficio para los bancos de inversión o *underwriters* resulta de la diferencia entre el precio pactado y el precio de colocación en el mercado de valores – *underwriting spread*–.

3. FUNCIÓN ECONÓMICA

El *underwriting* es básicamente una institución financiera. Las empresas buscan herramientas de financiamiento para sus actividades y evalúan las más rentables: Primero, mediante un sistema externo a ellas, que podría ser el mercado financiero, y como alternativa recurrir al mercado de capitales a efectos de buscar un autofinanciamiento, pasando por supuesto por lo que podría ser el crédito de proveedores, aportes de socios, etc.

En el primer caso, las empresas recurrirán a las instituciones financieras. Este mecanismo no es muy útil en un contexto con tasas de interés muy altas por los préstamos y en el cual existen límites para los préstamos. Un contexto como el descrito favorece la desintermediación financiera, es decir, que los agentes económicos acudan con menor frecuencia al sistema bancario y financiero.

En el segundo caso, es decir, en el sistema de autofinanciamiento, las empresas se financian así mismas emitiendo títulos que serán adquiridos por otras empresas o por el público en general.

La empresa emisora puede no tener tiempo, interés o habilidades para efectuar la colocación de dichos títulos, por lo que se encarga esta tarea a otra entidad. La entidad emisora puede requerir el dinero de la colocación de inmediato, en forma diferida, por lo que en el primer supuesto la entidad colocadora prefinanciará la operación, facilitando los recursos a la entidad emisora.

El contrato de *underwriting* constituye un mecanismo de financiamiento, que de manera rápida y segura busca incrementar el capital social de la empresa. Por este tipo de operación la sociedad *underwriter* refinancia la emisión de valores mobiliarios con la adquisición en firme de acciones o bonos, a una suma determinada, asumiendo el riesgo de la colocación, y no puede ser de otra manera ya que sino nos hallaríamos ante un contrato de comisión mercantil.

Resulta de trascendencia esencial para la existencia del contrato de *underwriting* la oferta del mercado primario, por cuanto sin la existencia de aquél la operación de adquisición y posterior colocación (*underwriting*) no serían viables.

3.1. Medio en el que se desarrolla el contrato de underwriting

La colocación del valor (acción societaria o bono entre otros), debe corresponder a una emisión primaria para que pueda darse el contrato de *underwriting*, pues en el mercado secundario no operan los contratos de *underwriting*. Con cierta dificultad podrán operar en el mercado primario de oferta privada, pues la regulación está orientada al mercado primario de oferta pública.

La economía social de mercado permite la existencia de un mercado abierto y libre, donde compradores y vendedores pueden entrar en tratos comerciales ya sea directamente o por intermedio de agentes, de modo que los precios que se pidan en una parte del mercado influyan sobre los que paguen en otras partes.

Al respecto es importante indicar que existen distintos tipos de mercado: El mercado de bienes, de dinero, financiero y el mercado de futuros; el contrato de *underwriting*, se desarrolla en el mercado de capitales, el que, como veremos, es una especie del mercado financiero.

El mercado financiero es primordial para una economía en desarrollo, que le permita asignar los fondos disponibles en la economía a proyectos que sean rentables, es decir, aumentar la eficiencia en el uso de los recursos. La existencia de estos mercados se da debido a que las empresas, por su misma naturaleza, necesitan fondos para operar. Requieren de un aporte inicial para comenzar operaciones, así como de fondos de corto y largo plazo para poder llevar a cabo sus actividades, es por ello que estas deben recurrir a los mercados de dinero y de capitales para tener acceso a los fondos necesarios.

En los países desarrollados los mercados de capitales, el mercado de valores y las bolsas de valores, han demostrado su utilidad y eficacia como instrumentos idóneos para la movilización de recursos internos del país y su canalización hacia los sectores productivos. De este modo, las empresas logran solventar sus necesidades de fondos, principalmente con la colocación de acciones.

El mercado de valores es el lugar o espacio en el que oferentes y demandantes entran en trato, generalmente a través de un intermediario, a fin de comprar o vender (o negociar o intercambiar) determinados bienes de características especiales, denominados valores mobiliarios. Los valores mobiliarios a su vez vienen a ser una especie de títulos valores porque, a diferencia de éstos, son emitidos en forma masiva y libremente negociables.

Se constituye en un componente importante del mercado financiero es un mercado en el que las empresas intercambian instrumentos financieros. Dentro del mercado de valores existen dos tipos de mercados: primario y secundario.

3.2. Segmentos del mercado de valores

Por el tipo de colocaciones, el mercado de valores se divide en mercado primario y secundario.

3.2.1. Mercado primario

En el mercado primario las empresas que requieren financiamiento acuden al público a presentarles proyectos de inversión que desean realizar y para el cual requieren recursos y, dependiendo del caso, solicitan que le faciliten dinero o que se asocien con ellas para llevar a cabo el negocio. Obviamente que la inversión que se realiza debe estar representada en valores mobiliarios.

Las características principales son las siguientes:

1. Es una importante fuente de financiamiento directo.
2. Se relaciona con la colocación inicial de valores.
3. Se realiza a un precio determinado por medio de la oferta pública.
4. Este tipo de oferta es abierta a todo el público.
5. Se puede emitir acciones, bonos e instrumentos de corto plazo.

3.2.2. Mercado secundario

En el mercado secundario el tenedor de un activo (siempre que este activo pueda ser calificado como valor mobiliario) desea deshacerse de él a cambio de un precio. El ejemplo típico es el de las transacciones en una bolsa de valores. En este caso, en el esquema típico, los recursos no los recibe la empresa sino el inversionista.

Se caracteriza principalmente por lo siguiente:

1. Es aquella oferta que comprende las negociaciones y transferencias de valores emitidos y colocados previamente.
2. Las negociaciones en bolsa y en los demás mecanismos centralizados constituye por excelencia un mercado secundario.

Es importante tener claro que el contrato, u operación denominada *underwriting*, se desarrolla en un escenario de economía de libre mercado, dentro del denominado mercado financiero, más específicamente en el mercado de valores y a su vez dentro del segmento denominado mercado primario de valores.

3.3. Operaciones de underwriting

La operación de *underwriting* puede ser dividida en tres aspectos:

3.3.1. Actos preparatorios

La sociedad emisora, debe brindar toda la información financiera requerida por el *underwriter*, ya sea los estados financieros (llámese balance general, flujos de efectivo, estado de resultado, etc.).

Asimismo, el *underwriter* debe brindar en esta etapa asesoramiento técnico y especializado sobre la factibilidad de la emisión, ya sea en cuanto al tipo de títulos a emitirse, el monto de la oferta y precio de cada instrumento.

3.3.2. Celebración del contrato

Las partes deben establecer las condiciones generales para la ejecución de la operación, ya sea en la adquisición como en la colocación.

Asimismo deben indicar la modalidad de *underwriting*, que puede ser en firme (que es el denominad propiamente *underwriting*).

En esta etapa debe señalarse el plazo de la adquisición y colocación, así como los destinatarios de la posterior colocación. Finalmente, las partes deben fijar el tipo de títulos a emitirse, el monto de la operación (normalmente sumas significativas) y el precio de los valores mobiliarios a emitirse.

3.3.3. Ejecución del contrato

En esta etapa la sociedad emisora procederá a emitir los títulos de acuerdo a lo pactado y al proyecto de inversión elaborado en coordinación con el estructurador.

Asimismo, la sociedad emisora debe cumplir con redactar los documentos necesarios para el lanzamiento de la oferta; cabe indicar que luego de la colocación, generalmente, el *underwriter* continúa asesorando a la sociedad emisora.

El Reglamento de Oferta Pública define al estructurador señalando que es aquel agente de intermediación encargado de la dirección de la oferta pública, aun cuando no intervenga en la colocación o venta de los valores en público. Puede actuar como estructurador una empresa del Sistema Financiero incluida en el título IV, de la sección segunda de la ley del Sistema Financiero y de Seguros facultada a realizar la operación a que se refiere el artículo 221, numeral 37 de dicho cuerpo legal; o un banco de inversión regulado por el dispositivo antes citado y/u otra entidad que determine CONASEV.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

4.1. Elementos personales

La sociedad emisora. La sociedad emisora es la empresa que busca obtener financiamiento a través del mercado primario de valores mobiliarios. Básicamente las empresas emisoras deben calificar de acuerdo a los montos significativos de emisión de los valores negociables, contar con estados financieros auditados, estar dispuesta a difundir información al mercado a fin de dar transparencia al mercado, contar con un equipo gerencial de probada capacidad y demostrar evolución del negocio, crecimiento y resultados históricos.

La empresa emisora debe adaptarse a la forma societaria anónima abierta en la medida que los valores negociables sean materia de una oferta pública,[7] tal como establece el primer numeral del art. 249 de la Ley General de Sociedades. Por otro lado, la empresa emisora de los valores negociables debe inscribirse en el Registro Público del Mercado de Valores.[8]

El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia, incluyendo las negociaciones en curso, sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso. De conformidad con lo señalado en el art. 28 de la Ley del Mercado de Valores, la importancia de un hecho se mide por la influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.

El underwriter. Es la empresa que adquiere en firme o asume el compromiso de colocar los valores negociables en el mercado primario de valores. Para tal efecto debe estar autorizada a operar en dicho mercado a efecto de adquirir en firme para luego colocar los valores emitidos por la empresa emisora, o comprometerse a colocarlos en el mercado, bajo una comisión. Esta empresa debe estar autorizada a realizar operaciones de intermediación financiera o del mercado de capitales, y cumplir con los requisitos establecidos por la ley de la materia para operar. Tratándose de empresas del sistema financiero, cubrir los requisitos señalados en el artículo 290 de la Ley del Sistema Financiero (arts. 283 a 290, Ley Nº 26702), y tratándose de un agente de intermediación, cumplir con los requisitos establecidos en la Ley del Mercado de Valores (art. 194, D. Leg. Nº 861), según sea el caso.

---

[7] Ley General de Sociedades. Artículo 249. La sociedad anónima es abierta cuando se cumpla uno a más de las siguientes condiciones: Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones.

[8] Ley del Mercado de Valores. Artículo 13. El Registro es aquel en el cual se inscriben los valores, los programas de emisión de valores, los fondos mutuos, fondos de inversión y los participantes del mercado de valores que señalen la presente ley y los respectivos reglamentos, con la finalidad de poner a disposición del público la información necesaria para la toma de decisiones de los inversionistas y lograr la transparencia en el mercado.

Las personas jurídicas inscritas en el Registro y el emisor de valores inscritos están obligados a presentar la información que la presente ley y otras disposiciones de carácter general establezcan, siendo responsables por la veracidad de dicha información.

4.2. Elemento real del contrato

Son materia y objeto de colocación los valores negociables, sean desmaterializados o materializados, y específicamente aquellos calificados como tal por la legislación de la materia. Así, debe entenderse como los elementos reales, las acciones de la sociedad, los bonos, las obligaciones, y demás valores en título o desmaterializados que respondan a la categoría de valores negociables recogidos en la Ley de Títulos Valores. Es el caso mencionar que de conformidad con el art. 255 de la Ley de títulos Valores, son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan, y que pueden ser agrupadas en clases y series como sería el caso de las acciones emitidas por la sociedad anónima o las obligaciones o bonos.

Dentro de las características de los valores mobiliarios tenemos que deben ser libremente negociables, en forma privada o mediante oferta pública, a través de los mecanismos centralizados de negociación respectivos o fuera de ellos, observando la ley de la materia, y pueden emitirse en títulos o mediante anotación en cuenta. La ley del mercado de valores permite la conversión del derecho de anotación en cuenta a título y viceversa.

Los valores mobiliarios podrán conferir a sus titulares derechos crediticios, dominiales o de participación en el capital, patrimonio o utilidades del emisor o, en su caso, de patrimonios autónomos o fideicometidos. En este último caso deberá tenerse en cuenta el artículo 16.3 de la Ley de Títulos Valores que señala que «Los derechos que correspondan a los valores que formen parte de patrimonios autónomos o fondos reconocidos por la ley, serán ejercitados por los respectivos fiduciarios o administradores, y, en su caso, por los representantes que señale la ley de la materia.»

5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Es *consensual* en tanto se perfecciona con el consentimiento de las partes. Si bien el consentimiento conlleva la voluntad de su celebración, no es menos cierto que es un contrato que debe constar por escrito en tanto requiere de una serie de actos que permiten su desarrollo, como por ejemplo, los actos que denotan la aprobación de la junta general de accionistas para la aprobación de la emisión de los valores negociables; en tanto sean acciones deberá constar el acto previo del acuerdo de aumento de capital social, o si se trata de emisión de obligaciones deberá, igualmente, constar el acuerdo de dicho órgano societario. Establecidas estas premisas en la escritura pública correspondiente, será necesario plasmar la voluntad y el consentimiento respecto a la adquisición de dichos valores por parte de la empresa colocadora o por la *underwriter*. Sin embargo, al no estar regulado el contrato de *underwriter* en forma específica, se desprende que el contrato de emi-

sión y colocación de títulos valores como acto distinto al societario de emisión de acciones o de obligaciones, y no requerir de formalidad específica, puede ser definido como un contrato «no formal».

Es *bilateral* porque genera obligaciones para el *underwriter* como para la empresa emisora. En ese sentido se trata de un contrato sinalagmático, puesto que existen prestaciones reciprocas. La entidad colocadora se compromete a colocar la emisión y la entidad emisora se obliga a pagar la comisión pactada por colocación, que a tenor de la Ley General de Sociedades, no perjudica el valor nominal de la acción, sino que el reconocimiento de la comisión por la colocación de cada acción se debe reflejar como pérdida de colocación, y para efectos de reflejar el monto del capital social dichas acciones colocadas por monto inferior a su valor nominal, se considera íntegramente pagadas a su valor nominal cuando se cancela su valor de colocación. Con lo cual debe entenderse entonces que la ley no admite colocar acciones bajo la par, sino que más bien permite que la comisión por colocación de acciones se refleje como pérdida de colocación, más aún cuando el art. 85 de la Ley General de Sociedades señala que señala que una vez pagado el valor nominal se consideran íntegramente pagada la acción.[9]

Es *sinalagmático* en la medida que los beneficios de la operación son recíprocos; la entidad emisora tiene la posibilidad real de obtener un aporte inmediato de capital, y el *underwriter* tiene la posibilidad de obtener la diferencia entre el valor de suscripción del título valor y el precio de la posterior venta de las acciones, lo que constituye su ganancia en la operación.

Es *oneroso* en el sentido de que cada una de las partes se obliga a una prestación prestaciones con contenido económico, tal como se ha indicado anteriormente.

Es *innominado* al no recogerse su nombre en norma reguladora, sin embargo la doctrina lo reconoce y nomina como un contrato de colaboración financiera.

Es *autónomo* en tanto no depende de la celebración, realización o ejecución de otro contrato para su existencia; si embargo debe tenerse presente que siendo un contrato relacionado con la colocación primara de valores negociables, dependerá de la existencia del acuerdo de aumento de capital social o de emisión de obligaciones, con lo cual su autonomía es discrecional.

Es un *contrato financiero* cuya fórmula no es precisamente la obtención de préstamo alguno, sino la colocación anticipada de valores negociables, por lo que propiamente califica como un contrato de financiamiento dentro del mercado de

---

[9] Art. 85.- (....) Si el valor de colocación de la acción es inferior a su valor nominal, la diferencia se refleja como pérdida de colocación. Las acciones colocadas por monto inferior a su valor nominal se consideran para todo efecto íntegramente pagadas a su valor nominal cuando se cancela su valor de colocación.

capitales. Puede por otra parte ser considerado como una forma de habilitación de recursos, pero que no refleja la calidad de préstamo, salvo que se pacte en forma compleja la dación de un crédito con el respaldo de la colocación de los valores negociables, caso en el que propiamente no nos encontraríamos ante un contrato de *underwriting* puro, sino más bien ante un contrato de crédito garantizado.

En el *underwriting* el colocador asume el riesgo de la colocación de los valores, es decir, desembolsa el precio o valor del título y queda bajo su responsabilidad la colocación del mismo, con lo cual nos encontramos dentro de la modalidad de colocación del *underwriter* «en firme», supuesto en el cual la empresa emisora obtiene el monto de la emisión y queda por cuenta y riesgo de la colocadora la recuperación de su inversión. En la medida que el compromiso no sea puro y simple nos introducimos en fórmulas complejas que desnaturalizan el contrato de *underwriting*.

Es de *naturaleza mercantil y empresarial* en tanto tiene por finalidad principal canalizar de manera más adecuada los recursos de las empresas participantes, tanto de las emisoras como de las colocadoras.

Es un *contrato complejo* en la medida que permite la prestación de servicios complementarios de asesoría que formaran parte integrante de la operación de emisión y colocación de los títulos valores en todas sus etapas de elaboración, emisión, colocación de la emisión y colocación en el mercado.

6. NATURALEZA JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON OTROS CONTRATOS

Existe discusión respecto a la naturaleza jurídica del contrato de emisión y colocación de títulos valores, por su relación con otros contratos, al considerar al contrato de emisión y colocación de títulos valores como uno de naturaleza mixta por tener características y elementos propios de otros contratos.[10]

Usualmente relacionan al contrato de *underwriting* con los siguientes contratos:

6.1. Con el contrato de comisión mercantil

Existe mucha similitud con este contrato, respecto principalmente al contrato de comisión, en el cual el comisionista se encarga de prestar un servicio a cambio de una contraprestación por el comitente. Sin embargo, como lo señala Luis Muñoz,[11] en el *underwriting* la mediación de los bancos en la emisión de los valores se configura bajo la hipótesis de que el banco reciba el encargo de colocar la emisión en el público, y que además de ese encargo asuma también la administración de garantizar el éxito de la operación.

---

[10] ARRUBLA PAUCAR, citado por Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 149.

[11] Luis, MUÑOZ, citado por Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, *op. cit.*, p. 150.

En ese sentido, el *underwriting* no actúa como un simple comisionista, sino más bien se obliga a brindar una compleja prestación, la cual incluye, como lo hemos mencionado anteriormente, asesoramiento profesional permanente. Y, en lo que se refiere a la responsabilidad, el *underwriting* siempre asume la responsabilidad por la colocación del valor negociable, y cuando actúa en el *underwriting* «en firme» asume el riesgo por la no colocación del bien.

6.2. Con el contrato de compraventa

El artículo 1529 del Código Civil señala que, por la compraventa, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar una contraprestación en dinero, existiendo por lo tanto una relación directa entre ambos.

En cambio en el *underwriting* sólo hay un compromiso de mediación entre las partes, no existiendo como en la compraventa la relación directa entre vendedor–comprador, al intervenir como sujeto del contrato una entidad emisora.

6.3. Con el mandato

El contrato de Mandato es definido por el artículo 1790 del Código Civil como el contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

Al igual que en el mandato, en el *underwriting* la colocadora actúa por cuenta e interés de la emisora, pero a diferencia de éste, no puede actuar a nombre propio.

Es preciso en este punto citar a Farina,[12] el cual señala que en la modalidad de *underwriting* «no en firme» la entidad colocadora sólo prefinancia la emisión de los títulos, obligándose a procurar la colocación en el mercado con el mayor esfuerzo, pero por cuenta del emisor, quien asume los riesgos de la operación. En tal forma la prefinanciación reviste el carácter de un mutuo comercial, y la obligación de procurar la colocación adquiere la naturaleza de un mandato. Siendo en tal supuesto un contrato complejo que no responde al contrato de *underwriting* puro.

El contrato de *underwriting* no responde exclusivamente a una cualquiera de las modalidades previstas en le legislación nacional, sino que responde a caracteres jurídicos propios e independientes en los cuales se asumen compromisos propios de una figura jurídica *sui generis*.

El contrato de emisión y colocación de títulos valores es en el Perú un contrato *sui generis*, que carece de legislación específica propia.

El antecedente más remoto es el Decreto Supremo Nº 187-70-EF, Reglamento del Decreto Ley Nº 18302, cuyo artículo 47 establecía, en su inciso c), que «la

[12] Juan M. FARINA, *op. cit.*, p. 494.

oferta pública de valores podrá efectuarse a través de personas que operen en el mercado mobiliario y tomen para sí y para colocarla en el público una primera emisión de valores o que, encargados de su colocación al público, garanticen al emisor la colocación de la parte convenida o de la totalidad de la emisión dentro de los plazos y condiciones pactados».

En la actualidad existe un Reglamento de Oferta pública de Valores Mobiliarios (Decreto Supremo Nº 089-94-EF), el cual, en su artículo 8, señala que se puede establecer un convenio entre el ofertante de los valores y un intermediario para los efectos de la colocación de una oferta pública primaria, en virtud del cual el intermediario garantiza la suscripción transitoria, bien sea por la totalidad o por un parte de la emisión pudiéndose también convenir garantías.

Siendo aplicable al *underwriting*, al tratarse de un contrato relacionado íntimamente con la circulación de los títulos valores, las normas que regulan el intercambio de los títulos valores en nuestro país, es decir, la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, y el Decreto Legislativo Nº 861, Ley del Mercado de Valores.

Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, regula, en su art 221, las operaciones y servicios que pueden realizar las empresas del sistema financiero. Entre estas se encuentra en el numeral 17) de este artículo, adquirir, conservar y vender instrumentos representativos de deuda privada e instrumentos representativos de capital para la cartera negociable, que sean materia de algún mecanismo centralizado de negociación conforme a ley de la materia; y en el numeral 37, suscribir transitoriamente primeras emisiones de valores con garantías parcial o total de su colocación.

Para realizar esta operación la empresa debe constituir un departamento separado y llevar la contabilidad de la operación en registros claramente diferenciados.

En lo que se refiere a la Ley del Mercado de Valores, el art. 6 considera intermediación en el mercado de valores mobiliarios la realización habitual de operaciones de compra, venta, colocación, corretaje, comisión o negociación de valores, así como la adquisición por cuenta propia de manera habitual para luego colocar los valores en el público, precisando por otro lado que las Sociedades Agentes de Bolsa están facultadas a colocar en el mercado nacional e internacional valores con o sin garantía total o parcial de su colocación, dentro de los plazos y con sujeción a lo pactado; suscribir transitoriamente parte o la totalidad de emisiones primarias de valores así como adquirir transitoriamente valores para su posterior colocación en el público, y promover el lanzamiento de valores públicos y privados y facilitar su colocación.

7. MODALIDADES DE UNDERWRITING

Para algunos autores sólo es posible hablar de dos modalidades: «en firme» y «no en firme», considerando incluso que la segunda modalidad, cuando no hay prefinanciación, es un simple contrato de corretaje o de comisión mercantil.

7.1. Colocación en firme

Se produce cuando la entidad financiera que prefinancia la emisión de los títulos valores los adquiere para luego transferirlos a otros inversionistas, es decir, la colocadora adquiere la totalidad o parte de los títulos valores para luego enajenarlos a otros. En esta modalidad la colocadora asume el riesgo de la colocación, a diferencia de la modalidad de «no en firme», en la cual la entidad emisora asume el riesgo. Siendo la utilidad de la colocadora la diferencia existente entre el precio de compra y el de la venta.

Es importante mencionar que la obligación del *underwriter* de colocar los títulos valores, surge de la finalidad de evitar que el banco retenga los títulos valores, porque esto no es lo propio del *underwriting*.

En efecto, el *underwriting* busca más bien darle circulación a los títulos valores materia del contrato dentro del mercado de valores. Tratando de realizar todas las operaciones de intermediación respecto de las ofertas y demanda dentro del mercado de valores. En este supuesto, la utilidad de la empresa colocadora puede residir en la comisión de colocación, así como la ganancia por la colocación a un precio diferencial positivo, en cuyo caso no solo se beneficia con la comisión de colocación, sino con la diferencia de precio. En sentido contrario, podrá igualmente asumir el riesgo si el valor negociable baja de valor en el mercado, pues dicha diferencia no puede ser derivada a la entidad emisora. El riesgo es total para la empresa colocadora que ha asumido el riesgo de la colocación.

En esta modalidad el financiamiento consiste en la entrega del valor de la colocación anticipada a la empresa emisora, cantidad que no tiene la calidad de préstamo sino de colocación de valor.

7.2. Colocación con prefinanciamiento

Por colocación con prefinanciamiento se entiende a la modalidad mediante la cual el *underwriter* financia a la emisora la colocación de los títulos valores, ya sea total o parcial, permitiendo que ésta última logre obtener los fondos que necesita. El *undrewriter* no asume el riesgo de la colocación, sino que prevé la colocación de los valores en el mercado y en función de los flujos de ingresos por la colocación prevé la amortización del crédito. En tal caso, el mayor valor del título no beneficia al *underwriter*, sino que permitirá que la emisora pueda prever la asignación de primas de capital que beneficia a la sociedad.

Si las partes lo consideran necesario, se puede exigir que la emisora presente una garantía.

7.3. Colocación no firme

En esta modalidad el *underwriter* se obliga a procurar la colocación en el mercado de los títulos, pero por cuenta y riesgo del emisor. En este caso, si no hay conjuntamente una prefinanciación, estamos ante un corretaje.

7.4. De garantía

El *underwriter* se compromete a colocar la emisión dentro de un plazo determinado, vencido el cual, de no haber colocado la totalidad, se obliga a adquirir el remanente.

7.5. Colocación en base de mayores esfuerzos

El *underwriter* se obliga a colocar los títulos con su mayor esfuerzo dentro de un plazo, sin asumir riesgo por la operación, razón por la cual es conveniente fijar un plazo de colocación y de resultados. Se puede pactar que esta colocación sea todo o nada, en este caso la emisora sólo venderá si el *underwriter* ha colocado toda la emisión. Es decir, el esfuerzo deberá hacerse para la colocación de toda la emisión, y no permitir o acceder a la colocación parcial de los valores, hecho que puede perjudicar el precio en el mercado.

Capítulo XXXIII
CONVENIO ARBITRAL

1. Legislación en materia de arbitraje. *1.1. Epoca colonial.* 1.2. Epoca republicana. 1.3. El arbitraje en las diversas Constituciones. 2. El arbitraje como institución. 3. Definición de Arbitraje. 4. Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso. 5. Objeto del convenio arbitral y objeto del arbitraje. 6. Asuntos no arbitrables. 7. Convenio arbitral. 8. Definición de Convenio Arbitral. 9. Forma del Convenio arbitral. 10. Modalidades del Convenio arbitral. 11. Contenido del Convenio Arbitral. 12. Arbitraje testamentario. 13. Arbitraje estatutario. 14. El convenio arbitral invalido, inexistente, nulo. a) Convenio inválido. b) Convenio inexistente. c) Convenio ineficaz. d) Convenio nulo. 15. Rechazo o desconocimiento del convenio arbitral. 16. Autonomía del Convenio arbitral. 17. Competencia – Competencia de los árbitros. 18. Normas aplicables a la resolución de la controversia. 19. Arbitraje Institucional. a) Aceptación del arbitraje por la institución arbitral. b) Incumplimiento del encargo. c) Fusión, escisión y extinción de la Institución Arbitral. d) Institución arbitral inexistente. 20. Procedimiento. a) Designación de los árbitros. b) Número de árbitros. c) Idiomas. d) Lugar del arbitraje. e) Plazo. f) Normas sobre el funcionamiento del tribunal arbitral. 21. Terminación del Convenio arbitral. 22. Convenio arbitral e interrupción de la prescripción. 23. Excepción del Convenio Arbitral.

Entre los medios alternativos de solución de controversias, se encuentra el arbitraje, existen además otros medios tradicionales de esta naturaleza como la conciliación, la mediación, la transacción, habiendo surgido nuevos medios en los últimos tiempos, propio de la experiencia en la solución de controversias en los Estados Unidos como: el «mini juicio» (mini-trail),[1] la evaluación temprana

[1] El mini juicio a pesar de su nombre no se trata de un proceso que se sigue ante un Tribunal. Ni interviene persona alguna que tenga la facultad de imponer a las partes una decisión.

neutral (*early neutral evaluation*), el juicio por jurados abreviados (*summary jury trail*), los jueces privados (*private judging*), el arbitraje o mediación anexo a los tribunales (*court-anexed-arbitration o mediation*). Se trata de procedimientos diseñados para inducir a una negociación y eventualmente una negociación.[2]

1. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE ARBITRAJE

1.1. Época colonial

El arbitraje llega a América con la conquista, a través del derecho español, el que fue de aplicación durante la colonia; en este sentido, se puede mencionar las disposiciones sobre esta materia contenidas en el Fuero Juzgo, en la Ley 13, Título I del Libro II; el Título VII, Libro I del Fuero Real, y las Leyes XXIII, XXIV, y XXV del Título IV, Partida III en las Ordenanzas Reales de Castilla. El Fuero Juzgo reconoce a los jueces nombrados por las partes de común acuerdo para resolver conflictos, a quienes se denomina jueces avenidores, distinguiéndose entre los que resuelven de acuerdo a derecho, árbitros arbitradores y de acuerdo a conciencia, amigables componedores.

Los abogados exponen el caso y sus argumentos, inclusive presentando la pruebas que crean necesarias, en forma resumida, de acuerdo con los límites de tiempo pactados ante un panel de ejecutivos de ambas partes que tengan poder de decisión sobre el asunto, con la asistencia de un tercero o neutral que se limita en principio a dirigir el procedimiento. Una vez oído el planteo del caso, los ejecutivos de las partes deben reunirse a solas para negociar un posible acuerdo. Si este no se logra, las partes son libres de abandonar el intento e iniciar el juicio correspondiente. Sin embargo, es frecuente que se requiera al tercero neutral, una opinión no vinculante sobre el resultado que hipotéticamente tendría el asunto en caso de recurrirse a la vía judicial, o que actúe como mediador.

Este mecanismo permite a las personas con facultad de decisión tomar contacto directo con la controversia y formarse un juicio más completo sobre las posibilidades que tendrían en un litigio, para luego sentarse a negociar sobre bases más sólidas. Al aporte de los abogados se suma la visión de los empresarios que tienen la oportunidad de evaluar las fortalezas y debilidades de la propia posición, aumentando las probabilidades de llegar a una solución comercial para un problema de la misma naturaleza.

En tal sentido, la característica del «mini trail» estriba en que la alegación de las partes y sus pruebas se realizan ante negociadores de cada una de las partes y, por ello, el objetivo se alcanza cuando cada parte cuenta con su «negociador» propio para el momento de pronunciarse la decisión, que tendrá indudablemente una composición cercana a la mediación. Cuando no se llegue a la conciliación, interviene el denominado asesor neutral («neutral advisor»), informando a las partes cuál sería, a su parecer, la solución del caso planteado.

[2] La diferencia entre el arbitraje y los otros medios alternativos es que un tercero llamado árbitro, al que las partes se han sometido, pone fin a la controversia a través de un laudo, el que es vinculante y de obligatorio cumplimiento. En los otros medios son las partes que deben de llegar a un acuerdo para solucionar las diferencias, en caso contrario no habrá arreglo.

En el Fuero Real se otorga a los alcaldes la facultad para constituir al arbitraje en procedimiento general. Se consolida el aspecto jurisdiccional del arbitraje, distinguiéndose entre avenidores que resuelven en derecho, y arbitradores que actuaban como amigables componedores.

La Ordenanza de Bilbao de 1737, considera el arbitraje obligatorio entre los socios de una compañia mercantil, y lo justifica para «evitar pleitos largos y costos capaces de arruinar a todos, como la experiencia ha demostrado» (Cap. X. Ley 16). Esta Ordenanza traía causa de las Ordenanzas francesas de 1560 y 1673, que estatuían el arbitraje obligatorio entre comerciantes pertenecientes a la misma sociedad comercial.[3]

1.2. Época republicana

En la época republicana, en un principio, el arbitraje es tratado en los Códigos que regulan el Procedimiento Civil, hasta el Código Civil de 1984, que se refiere a los aspecto sustantivo del arbitraje, en sus artículos 1906 al 1922.[4] Es a partir del año de 1987 que se plantea la necesidad de regular el arbitraje mediante una Ley Especial, lo que se materializa en la Ley General de Arbitraje del año de 1992. Por otra parte, diversas Constituciones se refieren al arbitraje como un medio de solución de controversias.

El Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852, se refiere a los jueces árbitros (Artículos 57° a 80°) y al modo de proceder de los árbitros arbitradores (Artículos 1552° á 1567°), distinguiendo a los jueces árbitros o de jure de los árbitros arbitradores o amigables componedores y regulándose el procedimiento ante unos y otros.

Posteriormente, el Código de Procedimientos Civiles que sustituyó al Código de Enjuiciamiento en materia civil, con vigencia desde el 28 de julio de 1912, trata estas materias en forma conjunta en sus artículos 548° a 582°. El juicio arbitral constituye el único procedimiento para los árbitros, ya sean de derecho o amigables componedores. Contra lo que resolvieran los árbitros, podían interponer los recursos de apelación y la nulidad, salvo que las partes hubiesen renunciado a ellos en el compromiso, renuncia que no obstaba para interponer recurso de apelación y recurso de nulidad por las causales taxativamente establecidas, las que guardan concordancia en gran parte con las causales de las legislaciones actuales.

El Código establecía que el tribunal que conocía los recursos de apelación y de nulidad, se limitará a declarar la nulidad de la sentencia y mandará que se proceda por los árbitros a un nuevo pronunciamiento.

---

[3] Citado por CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 48.

[4] El Decreto Ley Nº 25935 (Ley General de Arbitraje) derogo los artículos 1906º al 1922º. La Ley Nº 26572, sustituyó al mencionado Decreto Ley.

La función arbitral bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles, no tuvo mayor difusión ni significó una alternativa viable frente a la jurisdicción ordinaria.

El Código Civil de 1984[5] modificó aspectos sustantivos concernientes al juicio arbitral contenidos en el Código de Procedimientos Civiles, distinguió entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral considerándolos como contratos nominados (arts. 1906º a 1922º). De este modo, el Código Civil sustrajo del Código de Procedimientos Civiles los aspectos sustantivos o materiales del arbitraje, hasta entonces legislados como materia procesal.

El articulado del Código Civil fue un primer intento de darle a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral un tratamiento sistemático.

Así, mismo, a fin de facilitar el reconocimiento y ejecución de los fallos arbitrales extranjeros, consideró en sus artículos 2102º al 2111º disposiciones sobre el particular.[6]

La necesidad de modernizar el proceso civil llevó a la elaboración de un nuevo Código, el que fue aprobado con el nombre de Código Procesal Civil mediante Decreto Legislativo N° 768, promulgado el 29 de febrero de 1992 y con una *vacatio legis* hasta el 28 de julio de 1993, regulando el juicio arbitral en forma amplia en su Libro II, bajo la denominación de Justicia Arbitral.

Sin embargo, se consideró conveniente que la normatividad sobre esta materia, en lo que concierne a sus aspectos procesales y sustantivos; estuviese contenido en una Ley General de Arbitraje.

En este contexto, basándose sustancialmente en las nuevas normas del Código Civil y del Código Procesal Civil, se unifica en un solo cuerpo legal la regulación arbitral aprobándose, mediante el Decreto Ley Nº 25935, la Ley General de Arbitraje, con vigencia a partir del 11 de diciembre de 1992,[7] la que incorpora principios reconocidos por la doctrina y adoptados por las legislaciones modernas sobre esta materia, entre los que se encuentran la autonomía de la voluntad de las partes, la asistencia de los tribunales internos, el concepto de convenio arbitral, superando la distinción que existía entre cláusula compromisoria y compromiso

---

[5] Código Civil de 1984, promulgado el 24 de julio de 1984 y en vigor a partir del 14 de noviembre de 1984.

[6] Estas disposiciones, en lo que se refiere al arbitraje, no son de aplicación, siendo las contenidas actualmente en la Ley Nº 26572 (Ley General de Arbitraje).

[7] La coyuntura política generada por la disolución del Congreso de la República en abril de 1992, trajo como consecuencia que el Poder Ejecutivo asumiera la labor legislativa mediante decretos leyes, como el ya acotado Decreto Ley Nº 25935, y que, además, con la finalidad de legitimarse, dotara al país de una nueva Constitución Política que, como la de 1979, reconoció el carácter jurisdiccional del arbitraje en el inc. 1 de su art. 139º.

arbitral, la autonomía de la convención o acuerdo arbitral según la doctrina de la separabilidad, la facultad de los árbitros de determinar su propia competencia, el sometimiento del Estado al arbitraje, la limitación de las causales de anulación del laudo, la posibilidad de ejecución del laudo por el tribunal arbitral, el reconocimiento de los laudos expedidos en el exterior, sin considerar el principio de la reciprocidad. La ley estaba dividida en dos secciones, la primera, que regulaba el arbitraje nacional, o interno y la segunda, el arbitraje internacional.

El Decreto Ley Nº 25935 fue sustituido por la Ley Nº 26572, en vigor desde el 6 de enero de 1996, conocida como la Ley General de Arbitraje (LGA), que aportó una mejor sistematización y precisión en determinados artículos. Igualmente, mantiene la división en dos secciones: la primera, que regula el arbitraje nacional o interno, y la segunda, el arbitraje internacional.

Se debe tener presente, en lo que se refiere a la división mencionada, que se trata en ambos casos de la aplicación de normas de arbitraje que se desarrollan dentro del país.

El artículo 91° de la LGA determina cuándo a un arbitraje se le considera internacional[8]. La diferencia del arbitraje nacional con el internacional es que en el primero todos los elementos relacionados con el arbitraje se encuentran dentro del mismo territorio, mientras en el segundo hay por lo menos un elemento extranjero.

Según el arbitraje de que se trata se aplicarán las normas que correspondan. Entre ellas existen algunas diferencias, como que en el arbitraje nacional los árbitros deberán ser en número impar, mientras en el arbitraje internacional las partes pueden acordar que sean pares, de allí la importancia de determinar si es un arbitraje nacional o internacional.

Hasta hace algunos años, las legislaciones, como en nuestro caso, optaron por el criterio de establecer normas separadas para el arbitraje nacional y para el

---

[8] Artículo 91°.- Ambito de aplicación.- Un arbitraje es internacional si:

1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o,

2. Uno de los lugares siguientes esta situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

a) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral;

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de! litigio tenga una relación mas estrecha.

A los efectos de este articulo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral, si una parte no tiene ningún domicilio, se tomara en cuenta su residencia habitual.

arbitraje internacional, lo que se conoce en la doctrina como *dualismo*, debido a que se siguió el criterio de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional[9], la que se refirió al arbitraje internacional en razón que en los años de la década de los ochenta del siglo pasado se consideraba que era más fácil que se aceptase regular el arbitraje internacional, considerando los principios modernos, que el arbitraje nacional, sobre el que había resistencia de aceptarlo como medio alternativo de solución de controversia al sostenerse que sólo el Estado podía administra justicia, concepto en la actualidad superado.

Al cabo de poco tiempo, estos mismos principios fueron incorporados en las normas reguladoras del arbitraje nacional, como fue en nuestro caso. La tendencia actual es la unidad en la legislación, superando esta diferenciación, conociéndose esta tendencia con el nombre de *monismo*, y que se justifica debido a que salvo determinadas excepciones, los mismos preceptos se aplican por igual al arbitraje nacional e internacional.

1.3. El arbitraje en las diversas Constituciones

Por otra parte, el arbitraje ha sido materia de reconocimiento en diversas constituciones políticas, como la Constitución de Cádiz, aprobada en las Cortes de Cádiz de 1812, que consideraba el derecho a determinar las diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes (artículo 280°), así como la ejecución de la sentencia arbitral, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar (artículo 281°).

La Constitución de 1839, vigente hasta 1856, menciona en su artículo 164°, como garantía individual, que: «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

La Constitución de 1920 consideró, en su artículo 48°; que los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio.

La Constitución de 1979[10], cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1980, reconoce al arbitraje en su art. 233°. inc.1 como función jurisdiccional, al mencionar como garantía de la administración de justicia la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, con excepción de la arbitral.

Por su parte, el artículo 136° de la mencionada Constitución, en su tercer párrafo, va a permitir que el Estado y las personas de derecho público puedan

---

[9] Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el 21 de junio de 1985.

[10] Constitución Política de 1979.- Art. 233.- «Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y militar.»

someter sus controversias derivadas de contratos con extranjeros al arbitraje, siempre que se trate de tribunales arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

La Constitución de 1993 mantiene el texto que considera el arbitraje como jurisdicción[11], añadiendo, en su artículo 62°, que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial. En cuanto al sometimiento por parte del Estado y las personas de derecho público, en el caso de controversias a que se refería el artículo 136° de la Constitución de 1979, se amplían sus alcances, así el artículo 63°[12], en su tercer párrafo, en cuanto a los tribunales arbitrales que pueden conocer los casos, requiere que sean constituidos en virtud de tratados en vigor y ya no sólo los constituidos por convenios internacionales. Finalmente, en forma general, considera el sometimiento al arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley.

En este sentido, la Ley General de Arbitraje, en cuanto al arbitraje nacional, dispone (artículo 3º) que pueden ser sometidas a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, así como las que se refieren a sus bienes. Tratándose del arbitraje internacional (artículo 92º), que corresponde a los no domiciliados, requiere que el arbitraje deberá realizarse ante una Institución Arbitral de reconocido prestigio.

2. EL ARBITRAJE COMO INSTITUCIÓN

El arbitraje como institución contiene tres elementos: el convenio arbitral, de naturaleza contractual, el llamado contrato de dación y recepción de arbitraje, (*receptum arbitrii*) y el procedimiento arbitral.

Señala Reglero, que el arbitraje como institución, significa que se ha iniciado el procedimiento arbitral, previo convenio arbitral y nombramiento y aceptación de los árbitros. Un convenio arbitral al que no desemboque en un procedimiento arbitral no puede ser definido como arbitraje, sino tan sólo como un contrato por el que las partes acuerdan someter sus controversias al juicio de uno o más árbitros.[13]

---

[11] Constitución Política de 1993.- Art. 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1.- La unidad y la exclusividad de la jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.»

[12] Constitución Política de 1993.- Art. 63 (tercer párrafo).- «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.»

[13] REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El arbitraje*, Montecorvo, Madrid, 1991. pp. 67 y 68.

Se sobreentiende que las partes se obligan a cumplir la decisión de los árbitros por lo que se considera superfluo su mención en el convenio arbitral, desde que la decisión de los árbitros contenida en laudo tiene un carácter firme, similar a la sentencia firme dictada por un órgano jurisdiccional.

3. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE

Entre las diversas definiciones que se da al arbitraje, algunas son breves, otros tienen un carácter descriptivo.

Para Jean Robert, el arbitraje significa: «Instituir una jurisdicción privada por el cual los litigios son excluidos de la jurisdicción pública, a efectos de ser resueltos por personas investidas, para un caso determinado, con los poderes para juzgar tal litigio».[14]

Shönke señala que: «En el procedimiento arbitral se resuelve por Jueces privados (árbitros) acerca de cuestiones civiles, que en otro caso habrían de ser decididas por tribunales públicos. El tribunal arbitral puede constar de uno o varios jueces árbitros, y la exclusión de la jurisdicción ordinaria otorgando la competencia al tribunal arbitral se efectúa mediante un convenio entre las partes llamado contrato arbitral o compromiso».[15]

Para Roque Caivano, «Constituye una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejante a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto».[16]

Fernando Vidal nos dice que: «Arbitraje significa, entonces, el ejercicio de la facultad que ha recibido el árbitro para resolver un conflicto de intereses, esto es para la composición de la litis».[17]

Según Lohmann, «El arbitraje es la institución que regula el acuerdo de voluntades para el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la resolución de un cierto conflicto de derecho privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios

---

[14] ROBERT, Jean, *Arbitrage civil et comercial en droit interne et international privé*, 4ta. ed., Dalloz, París, 1967, p. 9.

[15] SHÖNKE, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, 5ta. Edición, p. 373.

[16] CAIVANO, Roque J., *Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 48.

[17] VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 21.

sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades».[18]

García Calderón, lo define como «el sistema privado de arreglo de diferencias, en virtud del cual, las partes de una determinada relación jurídica, sea contractual o extracontractual, acuerdan someter sus diferencias (ya nacidas o futuras) al juicio de particulares imparciales que ellos mismos eligen en forma directa o indirecta para que resuelvan el conflicto en base a equidad o derecho y a cuyo fallo se someten (siendo este normalmente irrecurrible)».[19]

Fernando Cantuarias Salaverry, lo considera como: «Un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto aceptando de antemano acatar su decisión».[20]

Entre los elementos importantes que se aprecia en estas definiciones y que constituyen las características del arbitraje se pueden mencionar: a) sistema privado de solución de controversias; b) voluntad de las partes de someterse al arbitraje; c) intervención de terceros imparciales que resolverán la controversia; y, e) exclusión de la justicia ordinaria.

Se requiere para acudir al arbitraje, que exista controversia, que la materia de la controversia se encuentre dentro de la libre disposición de las partes, y que la ley permita que la materia sea arbitrable.

La voluntad de las partes de someterse al arbitraje conlleva la manifestación del cumplir con lo dispuesto por el laudo.

4. ARBITRAJE VOLUNTARIO Y ARBITRAJE FORZOSO

Si bien se ha manifestado que el arbitraje depende de la voluntad de las partes, sin embargo, hay arbitrajes sobre ciertas materias impuestos por la ley, quedando sustraídas del conocimiento del Poder Judicial.

En el arbitraje voluntario las partes, mediante el convenio arbitral, deciden someter la controversia surgida a la decisión de los árbitros, mientras en el arbitraje forzoso es la ley la que decide la materia que será sometida obligatoriamente a arbitraje.

---

[18] LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El Arbitraje* (Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. V), 1ª edición, Lima, Fondo Editorial PUC, 1987, p. 41.

[19] García Calderón Moreyra, Gonzalo, *El Arbitraje Internacional en la Sección Segunda de la Ley Nº 26572*, Cecosami, Lima, 2004, p. 23.

[20] CANTUARIAS SALAVERRRY, Fernando y ARAMBURU IZAGA, Manuel, *El Arbitraje en el Perú Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*, Lima, Fundación Manuel Bustamante de la Fuente, 1994, p. 39.

En nuestro sistema se puede mencionar la Ley Nº 26850 –Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado– cuyo Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM, en su artículo 55º, así como su Reglamento –Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, artículos 273º y siguientes– consideran al arbitraje como el medio obligatorio para resolver las controversias que surjan entre las partes a partir de la suscripción del contrato.

5. OBJETO DEL CONVENIO ARBITRAL Y OBJETO DEL ARBITRAJE

Entre el objeto del convenio arbitral y el objeto del arbitraje arbitral existen diferencias, las que son señaladas por Vidal[21], el objeto del convenio arbitral lo constituye la relación jurídica de las partes que lo han celebrado. Esta relación jurídica debe ser físicamente posible, esto es, los derechos, deberes u obligaciones que le son inherentes deben existir o tener la posibilidad de existir y, además, deben ser jurídicamente posibles, esto es, guardar conformidad con el ordenamiento jurídico, y deben también ser determinados, esto es, pueden ser identificados, o ser determinables, esto es, ser susceptibles de identificación.

En cuanto al objeto del arbitraje, que corresponde a la materia de la controversia, para su determinación habrá que estar a lo que dispone, en nuestro caso concreto, el artículo 1° de la LGA, que establece, como principio general, que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, especificando los casos en que no procede el arbitraje.[22]

6. ASUNTOS NO ARBITRABLES

El artículo 1° de la LGA considera qué asuntos no pueden ser arbitrables, así, dispone que no son arbitrables los asuntos que versan sobre el estado o la capaci-

---

[21] VIDAL RAMÍREZ, Fernando, op. cit., p. 57 y ss.

[22] LGA: Artículo 1°.- «Artículo 1°.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.

2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

4. Las directamente concernientes, a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho publico.

dad civil las personas, las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. Tampoco puede ser objeto de arbitraje las materias sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso, las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas, salvo la relativa a la cuantía de la responsabilidad civil y siempre que ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. Y, por último, no pueden constituir objeto de arbitraje las atribuciones o funciones concernientes al *ius imperium* del Estado o de las personas o entidades de derecho público dotadas de *ius imperium.*

En cuanto a lo que se refiere al estado y capacidad civil de las partes, dentro de este concepto se comprende a los derechos de la personalidad, el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la propia imagen, a la tutela jurídica efectiva, aspectos mencionados en el artículo 2º de la Constitución de 1993.

La inarbitralidad de resolución judicial firme se debe a que no pueda haber arbitraje sobre lo resuelto, ya que la resolución extinguió el asunto materia de litigio lo queda es la ejecución de la sentencia, no habiendo controversia sin dirimir sin la posibilidad que el recurso de cosa juzgada fraudulenta[23] pueda privar a la sentencia judicial de la condición de firme.

La referencia a que una sentencia puede considerarse firme antes de que transcurra el plazo para interponer el recurso mencionado, determina que no existen dudas en cuanto a la firmeza, en tanto que dicho recurso se interpone precisamente contra sentencias firmes.[24]

En lo que se refiera a los asuntos que interesan al orden público, los que tampoco serán arbitrables, hay que distinguir si se trata de un orden público interno o internacional[25], así entre las causas de nulidad de un laudo arbitral que corresponde a un arbitraje internacional, el orden que se viole deberá ser el orden público internacional.

---

[23] Código Procesal Civil: Artículo 178º. Nulidad de cosa juzgada fraudulenta (Ley 27101 de 5 de mayo.1999. Artículo Único). «Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una o ambas partes, o por el Juez o por éste y aquéllas...».

[24] REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *ob. cit.*, p. 60.

[25] El Código Civil en su Libro X distingue entre orden público interno y orden público internacional, es así que el artículo 2049° señala «Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas de derecho internacional peruano».

García Calderón señala que: «Bajo este concepto se reconocerá en el Perú un divorcio obtenido en el exterior por una pareja que contrajo matrimonio en el Perú, a pesar que la causal utilizada no fuese aceptada por nuestra ley, violando el orden público nacional».

En este sentido, considera[26] que será válido someter a arbitraje un tema que viole el orden público peruano, en la medida que se den tres condiciones: 1) que no se trate de competencia exclusiva de los tribunales judiciales peruanos; 2) que, según las leyes nacionales o internas del Estado donde se celebra el convenio arbitral, dicha materia sea arbitrable y, 3) que no vulnere el orden público internacional y las buenas costumbres

Existen discrepancias para determinar el concepto de orden público, el que reviste un carácter indeterminado y que responde a aspectos de carácter cultural e histórico.

Se distingue entre orden público material y procesal. Por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada. Desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal. Así, pues, es evidente que se atentaría contra el mismo en los procedimientos arbitrales en que se ignorasen los plazos perceptivos, o de los derechos de audiencia, contradicción e igualdad de las partes.[27]

En lo que concierne a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público, hay que considerar que el Estado y las entidades públicas pueden actuar ejerciendo el «jus imperio» o el «jus comercio», el primero tiene relación con aspectos que responden a las funciones propias de un Estado, ejerciendo coerción y soberanía. Cuando se trata del «jus comercio», el Estado actúa en su capacidad comercial, como cualquier persona que ejerce esta actividad.

La Sección Internacional de la LGA no menciona las materias que no pueden ser susceptibles de arbitraje, sin embargo entre las causales de la nulidad del laudo se encuentra «que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje», este concepto también se considera de tratarse de laudos emitidos en el extranjero y que se solicita su reconocimiento, situación que contemplan las legislaciones sobre arbitraje de los diversos países del mundo, así como las convenciones internacionales sobre esta materia.

---

[26] GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *ob. cit.*, pp. 85 y 86.

[27] GASPAR SILVIA, Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1998, pp. 122 y 123.

La inarbitrabilidad de la controversia puede plantearse ante el árbitro o ante el juez, en el primer caso al iniciarse el procedimiento arbitral y en un segundo al momento de la ejecución del laudo. En lo que respecta al arbitro deberá resolverla antes de la emisión del laudo.

7. CONVENIO ARBITRAL

Como antecedente inmediato del Convenio arbitral se debe mencionar a las denominadas cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

El Código Civil Peruano de 1984 distinguía en materia de arbitraje dos contratos, la cláusula compromisoria (artículos 1906° a 1908°) y el compromiso arbitral (artículos 1909° a 1922°), exigiendo que luego de celebrar el contrato de cláusula compromisoria, al que consideraba un contrato preparatorio, debía celebrarse el compromiso arbitral. La negativa de una de las partes a celebrar el compromiso arbitral, daba lugar a su emplazamiento judicial para su otorgamiento.

La doctrina y la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de fecha 10 de julio de 1958 (conocida como la Convención de Nueva York de 1958), suprimen esta distinción refiriéndose a un contrato único, al que denominan convenio arbitral.

La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral fueron suprimidos del Proyecto de Código Procesal Civil. El Libro II, que se refería a la Justicia Arbitral, contenía el convenio arbitral, pues el Código no sobrevivió a su *vacatio legis* al ser derogado durante ese período. La Ley General de Arbitraje, promulgada mediante Decreto Ley Nº 25935, siguió considerando el convenio arbitral, así como la actual Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.

El convenio arbitral constituye un acto jurídico que genera derechos y obligaciones entre las partes, sometiendo la controversia al arbitraje y aceptando la decisión de los árbitros.

El convenio arbitral puede provenir de un acto de carácter bilateral, plurilateral, o unilateral.

En el primero de ellos se requiere la manifestación de voluntad de ambas partes intervinientes.

En el acto plurilateral hay la intervención de varias partes, como es el caso del arbitraje incluido en el estatuto de una persona jurídica, según lo dispuesto en el artículo 12° de la LGA y 48° de la Ley General de Sociedades.

Como acto unilateral, que corresponde a la voluntad de una sola persona, este se presenta cuando se trata del arbitraje testamentario, referido en el artículo 13° de la LGA, el que es materia de consideración en el acápite 12.

El convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo, que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las cuestiones

litigiosas que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir con la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción pública de conocer tales cuestiones.[28]

En nuestra legislación, el artículo 79º de la LGA considera que las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

Constituyendo el convenio arbitral un acto jurídico, le son aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 141º del Código Civil, en lo que respecta a la capacidad de las partes para celebrarlo.

Tratándose de personas físicas, el convenio puede ser celebrado directamente por el interesado, siempre que sea agente capaz, de confórmidad con lo dispuesto en el artículo 42º del Código Civil, o un representante suyo.

En lo que se refiere a la celebración del convenio arbitral a través de un representante, en el caso de las personas naturales habrá que distinguir entre la representación legal y la voluntaria.

Con respecto a la representación legal, se estará a lo dispuesto en el Código Civil, el que en su artículo 45º norma la representación de los incapaces, por otra parte, el artículo 167º precisa que los representantes legales requieren de autorización expresa para realizar entre otros actos la celebración del compromiso arbitral.

Por su parte, el Código Procesal Civil requiere que se otorguen facultades especiales para someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso (artículo 75º).

En lo que concierne a las personas jurídicas, la Ley Nº 26789 establece que el administrador, representante legal o presidente del consejo directivo, según corresponda, de las personas jurídicas reguladas en la sección Segunda del Libro I del Código Civil, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en los artículos 74º y 75 º del Código Procesal, por el sólo mérito de su nombramiento en el registro correspondiente, salvo disposición estatutaria en contrario.

En igual sentido se pronuncia la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades, en su artículo 14º, respecto al gerente general o los administradores de la sociedad.

Tratándose de un arbitraje internacional habrá que considerar qué ley se aplica para determinar la capacidad de las personas naturales y jurídicas; en el

---

[28] REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *ob. cit.*, p. 207.

primer caso, generalmente se acepta que sea la ley personal de cada firmante, que puede ser la del domicilio o de la nacionalidad, y en lo que respecta a las personas jurídicas la ley del lugar de su constitución. En cuanto a la forma que deberá observar el convenio, se estará a lo que disponga la ley del lugar de su otorgamiento. Estos aspectos lo trata el Código Civil en su Libro X (artículos 2070º y 2073º) señalando que el factor de conexión para la persona natural será la ley del domicilio, y para las personas jurídicas se estará a lo que disponga el país en que fueron constituidas.

8. DEFINICIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

El artículo 9º de la LGA, para el caso del arbitraje nacional, y el artículo 98°, en lo que respecta al arbitraje internacional, definen al convenio arbitral como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

En esta definición, el primer aspecto que corresponde considerar es la decisión de las partes de someter la controversia surgida al arbitraje. En cuanto a los puntos a resolver son aquellos considerados en la demanda y la reconvención. Se requiere que la materia sea disponible, lo que comprende la libre disposición, y además que sea arbitrable.

En este sentido, el convenio arbitral sólo comprende las controversias que determinen la expresión de la voluntad de las partes. Concurren, por tanto, dos elementos: de un lado, el elemento volitivo, que supone que es la expresa voluntad de las partes la que va a determinar las controversias que comprenderá el convenio arbitral. De otro lado, se encuentra el elemento objetivo, que va a suponer que no todas las controversias podrán estar contenidas en el convenio arbitral, sino tan sólo las que, de un lado, determinen la expresa voluntad de las partes y, además, las que sean de la libre disposición de las partes conforme a derecho, y que no estén expresamente excluidos del arbitraje en virtud de una disposición legal.

En lo que se refiere a la declaración de voluntad de someterse al arbitraje, se entiende que esta comprende la aceptación del procedimiento a seguirse y la decisión de los árbitros.

El convenio arbitral comprende a las controversias que han surgido o las que puedan surgir respecto a una relación contractual, en el primer caso, la controversia se ha presentado y las partes proceden a su delimitación; en el segundo, la controversia aún no se ha presentado, cuando se presente es necesario determinar qué comprende dentro de la relación contractual; estos puntos se mencionarán en la demanda y en la reconvención, de plantearse esta última, aunque la LGA no lo menciona expresamente es costumbre dentro del procedimiento la audiencia de la fijación de los puntos controvertidos.

La referencia a que las cuestiones litigiosas, señala Lorca Navarrete,[29] son las surgidas o las que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, lo que ha de significar que un convenio arbitral sobre conflictos futuros no sería nulo y, en consecuencia, es posible que dos sujetos unidos por asiduas relaciones jurídicas o comerciales decidan someter para el futuro (*ad extra*) y sin identificar todos sus futuros conflictos a arbitraje, ya que las cuestiones litigiosas son las surgidas o que puedan surgir. Por tanto, presentes como futuras son entendidas estas últimas, no sólo en una proyección dinámica *ad intra*, sino también *ad extra*, siempre que en esta segunda opción se determine su objeto.

Nada impide que las partes puedan convenir, encontrándose la materia en un proceso judicial, que esta sea resuelto mediante arbitraje, en este caso el juez dispondrá el archivamiento del proceso, o la continuación del mismo respeto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje.

9. FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

El Convenio arbitral, conforme lo disponen los artículos 10° y 98° de la LGA, para el arbitraje nacional e internacional, respectivamente, debe de celebrarse por escrito, lo que es «ad validitatem», aunque esta formalización por escrito no se encuentra sometido a una determinada forma «ad solemnitatem», como sería la escritura pública, tal como lo exigía el Código de Procedimientos Civiles, necesaria para la existencia del acto.

En las disposiciones referidas al arbitraje internacional, dispone también que debe de celebrarse por escrito, señalando Vidal que no le prescribe una forma «ad solemnitatem» desde que la inobservancia de la forma escrita no se sanciona con nulidad.[30]

Sobre este punto, García Calderón considera igualmente que la Sección Internacional no sanciona con la nulidad del acto jurídico el supuesto en que no se haya celebrado por escrito, como sí lo dice el artículo 10° de la Sección Nacional. Incluso manifiesta que es válido sostener la hipótesis de que en el caso que no exista prueba escrita, el convenio arbitral será válido si se cuenta con otros medios de probanza, como audios o videos e incluso testigos que den fe del acuerdo, al no existir sanción alguna respecto a dicha formalidad.[31]

Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando conste en un documento único, sino cuando resulte del intercambio

---

[29] LORCA NAVARRETE, Antonio María y MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho de Arbitraje*, 6ta. Ed., Edición, Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, 2003, p. 92.

[30] VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 55.

[31] GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 64.

de cartas o de cualquier medio de comunicación, la LGA en su artículo 1º así lo señala, empleando en un sentido amplio el término «cualquier medio de comunicación». En lo que corresponde a la parte internacional (artículo 98°), se menciona, además, de que esté consignado en un único documento celebrado por las partes, o en un intercambio de cartas, cables, telexes; estas menciones deben de entenderse con efecto descriptivo y no limitativo; lo importante es que se deje constancia documental del acuerdo.

El avance de la tecnología ha determinado que existan otros medios modernos de comunicación, como pueden ser el fax o los medios electrónicos, estos últimos se encuentran comprendidos en la LGA al referirse a: «cualquier otro medio de comunicación o correspondencia» que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Se debe tener presente que en el caso del cable y el telex el documento, dada la naturaleza de estos medios de comunicación, no puede ser firmado por las partes, por lo que se estará a las medidas de seguridad que se emplean en esta clase de comunicaciones que permiten autenticar el contenido del mensaje.

Similar situación se presenta en la utilización de Internet, es conveniente tener presente las modificaciones introducidas en nuestro sistema, en el Código Civil y el Código Procesal Civil, en relación con la firma electrónica y la manifestación de la voluntad.[32]

Como se ha expresado, el convenio arbitral debe constar por escrito según la ley, en lo que respecta a la forma puede ser:

a) Simultánea.- La expresión de la voluntad figura en un solo documento, con independencia que se suscriba conjuntamente con el contrato materia del negocio jurídico, y;

b) Sucesiva.- La expresión de la voluntad figura en más de un documento, generalmente con fechas distintas.

La formación sucesiva se dará en el intercambio de cartas, fax, telexes, etc. que dejen constancia documentada del acuerdo de las partes de someter la controversia al arbitraje.

Si bien el principio es que el convenio arbitral conste por escrito, la LGA, en su artículo 10°, admite que puede no constar por escrito en forma específica, y que se considere que habrá sumisión al arbitraje en forma tácita, como es el caso cuan-

---

[32] La promulgación de la Ley Nº 27269, denominada de «Firmas y Certificados Digitales», de fecha 8 de mayo de 2000 regula la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficiencia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad, estableciendo los medios para que la misma sea materia de aplicación, lo que se complementa con la modificación al artículo 141º y adición del artículo 141º-A al Código Civil, por Ley Nº 27291.

do por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto mediante el advenimiento posterior de la otra a dicho sometimiento. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito, considerándose que hay asentimiento, cuando notificada la parte contraria del asentimiento se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.[33]

De esta forma, el escrito formal de la escritura se diluye. Señala la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España que «siendo suficiente la exteriorización del acuerdo de voluntades en cualquier soporte, escrito o no, que sea accesible para su ulterior consulta, e incluso bastando los actos propios para presumir la sumisión tácita».[34]

10. MODALIDADES DEL CONVENIO ARBITRAL

Podemos señalar que en nuestra LGA el convenio arbitral presenta cuatro modalidades:

a) El Convenio arbitral independiente, que está contenido en una cláusula del contrato que celebran las partes o en un acuerdo independiente.

b) El convenio arbitral pluridocumental, que es formalizado a través de un intercambio de cartas o a través de otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, aspecto que se encuentra contemplado en el artículo 10°, segundo inciso, de la LGA para el arbitraje nacional y en el artículo 98°, segundo párrafo, tratándose de un arbitraje internacional.

---

[33] LGA. Artículo 10°.- Formas del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad.

Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediante asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

Se entenderá que hay sometimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

[34] Ley de Arbitraje de España N° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003.

c) El Convenio arbitral por referencia, que no consta en el documento que constituye el contrato principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporado al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo, aspecto que trata el artículo 98°, último párrafo, que corresponde al arbitraje internacional al mencionar «que la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye convenio arbitral siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

d) El convenio arbitral por adhesión corresponde a la cláusula de arbitraje incluida en la Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por adhesión, aspecto que trata el artículo 11° de la LGA.

La característica de esta clase de contratos es que en casi todos los casos son de letra menuda, y generalmente no son leídos con detenimiento. La LGA, en su artículo 11°, dispone que serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte, usando la diligencia ordinaria.

Las condiciones generales de contratación, o los contratos de adhesión, entre las que se incluye el convenio arbitral, no son materia de negociación en la práctica, sino de imposición.

Como un medio de protección al adherente, la LGA indica cuáles son los supuestos en que se considera que el convenio arbitral ha sido conocido por la contraparte, sin admitir prueba en contrario, es decir, una presunción *jure et de jure*.[35]

---

[35] LGA. Artículo 11°.- Convenios arbitrales y condiciones jurídicas estándares.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria.

Se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral era conocible si se cumple con alguno de los siguientes supuesto:

1. Fue puesto a conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

2. Si las condiciones generales que incluyen el convenio arbitral se hallan insertas en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por ambas partes.

3. Si las condiciones generales, a pesar de no estar reproducidas en el cuerpo del contrato principal, están reproducidas en el reverso del documento y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste es por escrito y firmado por la otra parte.

4. Si el convenio arbitral se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, pero se hace referencia en el cuerpo del contrato principal a la existencia del arbitraje y éste es por escrito y firmado por la otra parte.

Pueden haber causales diferentes a la mencionadas en el artículo 11º, en este caso se deberá probar que las mismas fueron de conocimiento de la contraparte. Si se establece que el convenio arbitral no fue conocido o conocible al momento de la celebración del contrato, la consecuencia será que no podrá ser aplicado, empero la contraparte si podrá pedir la aplicación de dicho convenio arbitral.

e) Por asentimiento.- Cuando notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

11. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL

En lo que se refiere al contenido del convenio arbitral, este deberá reflejar el compromiso de las partes de someter las controversias derivadas de una relación jurídica al arbitraje. Podrá ser una cláusula de unas cuantas líneas o contener los detalles que las partes consideren necesario.

Existen modelos de cláusulas arbitrales que pueden ser adoptados por las partes, lo que es conveniente tener presente si se trata de un arbitraje ad hoc o de un arbitraje administrado, aunque en este último caso existe el modelo de la institución arbitral.[36]

Si se estableciera que el convenio arbitral no fue conocido o conocible por la contraparte al momento de la celebración del contrato, el estipulante del convenio arbitral no podrá exigir su aplicación, salvo que posteriormente su contraparte lo acepte expresamente y por escrito. Empero, la contraparte sí podrá exigir la aplicación de dicho convenio arbitral, así éste no hubiera sido inicialmente conocido o conocible.

[36] MODELOS DE CLÁUSULAS DE ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje en el marco de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos.

Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte.

Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

«Todo litigioso, controversia, desavenencia o reclamación resultante, relacionada o derivada de este acto jurídico o que guarde relación con él, incluidas las relativas a su validez, eficacia o terminación, inclusos la del convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, cuyo laudo será definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos y el Estatuto del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas

Por otra parte, se utiliza en la ley el término diferencia y no controversia o cuestión litigiosa, la utilización del término diferencia, nos dice Lorca[39], posee una carga procesal más débil en relación con otro término como controversia. Con ello, el legislador piensa en la solución extrajudicial del conflicto jurídico no institucionalizado.

Los herederos forzosos no están considerados en el arbitraje testamentario, en este sentido, se estará a lo dispuesto en el Código Civil, en su artículo 724º[40] a efecto de precisar a quiénes se considera herederos forzosos, lo que tiene relación con la legítima, que es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos.

Se plantea si el hecho que los conflictos suscitados en torno a la legítima estén excluidos del arbitraje testamentario no impide a los legitimarios someter voluntariamente a arbitraje los conflictos que surjan entre ellos.

En cuanto al aspecto de carácter formal, la disposición sobre el arbitraje puede estar contenida en cualquier clase de testamento, lo importante es que en este documento se mencione el arbitraje.

En lo que se refiere a la poca utilización del arbitraje testamentario, nos dice Gaspar que hasta el momento presente ha de atribuirse no tanto a la inutilidad de la misma, cuanto al desconocimiento de sus ventajas. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en virtud del arbitraje testamentario, el causante proporciona a quienes benefició con su herencia una justicia más rápida y ágil, confiada a personas que le inspiran una especial confianza. En definitiva, se evitaría que los herederos con expectativas derivadas de un acto de última voluntad se viesen condenados a estar litigando *sine die* en la jurisdicción ordinaria, ya que los juicios testamentarios resultan interminables en la mayoría de las ocasiones.[41]

13. ARBITRAJE ESTATUTARIO

El arbitraje estatutario lo trata la LGA en su artículo 12°[42], debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 48º de la Ley General de Sociedades

---

[39] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre*, San Sebastián – Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 613.

[40] Código Civil: Artículo 724º.- Herederos forzosos.- «Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge».

[41] GASPAR LERA, Silvia, ob. cit., p. 140.

[42] Artículo 12°.- Arbitraje Estatutario.- «Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre

aplicable a las diferentes clases de sociedades normadas en dicho dispositivo legal.[43]

El pacto social o estatuto que norma la vida societaria deberá contener el convenio arbitral a efectos de solucionar, por esta vía, las discrepancias que se susciten, que pueden producirse entre el socio y la sociedad o entre los socios, así como los actos que realice estando sujeto a las disposiciones del estatuto.

En esta clase de arbitraje, lo usual es que la cláusula arbitral esté contenida en uno de los artículos del Estatuto que norma la vida de la persona jurídica. Se plantea a quiénes obliga la cláusula arbitral, para la doctrina es claro que obliga a quienes intervinieron en la redacción de la cláusula, sin embargo, existen discrepancias respecto a quienes se incorporan posteriormente, algunos consideran que es forzoso considerar que en virtud de la aceptación general del estatus de socio, también se consiente inequívocamente el arbitraje. Se ha llegado a la conclusión que las cláusulas arbitrales insertadas en los estatutos de cualquier agrupación vincula a todos sus miembros, aun cuando estos últimos no hubieren participado en la redacción de tales estatutos, en razón que el socio que se incorpora se somete a las estipulaciones del pacto social y del estatuto, asimismo también se resolverá mediante arbitraje, aun cuando el socio hubiese dejado de serlo, si se trata de actos realizados cuando tenía tal condición.

El artículo 48° de la Ley General de Sociedades se aplica a los socios, quienes al aceptar pertenecer a la sociedad aceptan lo que dispone el pacto social y el estatuto, sin embargo, este artículo indica que es también aplicable a los administradores, quienes no son socios y, por tanto, no suscriben los documentos mencionados, no hay pues expresión de voluntad. Entendemos en este caso que se trata de un arbitraje forzoso, que obliga a que las controversias que surjan entre los administradores y la sociedad deben someterse a arbitraje

Puede ocurrir que aunque exista convenio arbitral, las circunstancias y la finalidad que motivan algunos de los procesos reservados al Poder Judicial hace

---

éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social».

[43] Ley General de Sociedades. Artículo 48.- «Arbitraje. Conciliación.- No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.

Esta norma es de aplicación, a las sociedad, a los socios o administradores aún cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se someten a la cláusula arbitral.

El estatuto también puede contemplar el uso de los mecanismos de conciliación extra judicial, con arreglo a la ley de la materia.»

inviable el sometimiento a un arbitraje. Hay ciertos derechos que, por considerarse indisponibles o por interpretarse que están expresamente excluidos del arbitraje, no pueden someterse a éste.

Tal como es el caso que señala Elías Laroza de la convocatoria judicial a junta de accionistas a pedido del titular de una sola acción con derecho a voto y la expedición de una copia certificada del acta de la junta de accionistas de una sociedad anónima, entre otros.[44]

Un aspecto importante es la impugnación de los acuerdos societarios recurriendo a la vía arbitral. Se sostiene la inarbitralidad de las impugnaciones de los acuerdos societarios, considerando que en la interposición de las referidas acciones está en juego no sólo el interés de los impugnantes, sino además de los socios que no habían intervenido en la litis. Ello por cuanto la correspondiente declaración de nulidad del acuerdo produce efecto para todos los accionistas.

Dentro de este contexto, para algunos procede la inarbitrabilidad de los acuerdos sociales en las sociedades anónimas abiertas, en razón que en el citado tipo de sociedades confluyen intereses múltiples o, lo que es lo mismo, un interés colectivo o social, aspecto que no se presenta en la sociedad anónima familiar y en las de responsabilidad limitada, al existir un interés particular o personal o individualizable, las impugnaciones del acuerdo dejan de ser indisponibles.

14. EL CONVENIO ARBITRAL INVÁLIDO, INEXISTENTE, NULO

a) Convenio inválido

El convenio arbitral *inválido* es el que existe, pero que no cumple con ciertos requisitos, lo que da lugar a que no tenga eficacia. Entre las causas que se pueden señalar que dan lugar a la invalidez se encuentra que las partes no tengan capacidad para celebrar contratos, que la materia no es arbitrable, que no guarde la forma escrita establecida por la ley, etc.

Para Ferreira Lemes[45] los convenios arbitrales pueden ser *inválidos, o* convenios arbitrales *susceptibles de validación.* Entre los primeros se hallarían los convenios arbitrales que no serían tales por cuanto no estarían dirigidos a iniciar un arbitraje, por lo que serían convenios arbitrales nulos al no posibilitar el acceso al arbitraje. En cambio, los convenios arbitrales *susceptibles de invalidación* serían convenios arbitrales *en blanco o vacíos,* en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo de arbitraje o indican erróneamente una

---

[44] ELÍAS LAROZA, Enrique, *Ley General de Sociedades. Comentada*, Editora Normas Legales, Trujillo, Perú, 1998, p. 103.

[45] S.M. FERREIRA LEMES, «Cláusulas arbitrais ambiguas ou contraditórias e interpretacao da vontades das partes», en *Reflexoes sobre Arbitragem*, Sao Paulo. 2002, p. 189 y 190.

institución arbitral o aluden equivocadamente y, al propio tiempo, al arbitraje y al ámbito heterocompositivo judicial (convenios arbitrales *contradictorios)* o convenios arbitrales que tienen por objeto materias respecto de las que no es posible el arbitraje (convenios arbitrales *ambiguos).* Estos convenios por ser defectuosos, imperfectos o incompletos, *impiden* un normal desarrollo del arbitraje.

b) Convenio inexistente

Si bien el convenio arbitral inexistente es el que no existe, en otras palabras, el que no se celebró, dentro de una concepción amplia, señala Lorca[46], comprendería aquellos que no poseen algunos de sus elementos que harían que existiera como una realidad jurídica negocial. Como sería la falta de voluntad de las partes de someterse a arbitraje, o, en nuestro caso, que los contratos de adhesión no cumplan con lo dispuesto en el artículo 11° de la LGA. La falta de cumplimiento de algunos de los requisitos determina que no tenga eficacia.

c) Convenio ineficaz

El convenio arbitral *ineficaz* puede cumplir con todos los requisitos, sin embargo, está sujeto a una condición suspensiva que no permite su aplicación hasta que esta se cumpla.

d) Convenio nulo

Siendo el convenio arbitral un acto jurídico, puede también ser nulo o anulable por las causales de nulidad absoluta que señala el artículo 219° del Código Civil y que da lugar a su inexistencia, y el artículo 221° por las causales de anulabilidad o nulidad relativa que se trata en el mencionado Código.

Se considera nula la cláusula contenida en un convenio arbitral, mas no el convenio, que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de estos, la determinación de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento. Para la procedencia de esta causal, deberá plantearse en la etapa postulatoria del proceso.

La oposición a la existencia o validez del convenio arbitral, se formulará al presentar las partes sus pretensiones iniciales, pudiendo los árbitros considerar estos temas (inexistencia, ineficacia o invalidez) de oficio.

El Tribunal Arbitral podrá resolverlos como cuestión previa, de declararla fundada, se dará por terminado el proceso. Puede ser que el Tribunal considere la necesidad de tener mayores elementos de juicio, en este caso puede diferir su pronunciamiento para un momento posterior, que en todo caso deberá ser antes

---

[46] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *ob. cit.*, p. 102.

de emitir el laudo, de considerársе fundada, el proceso concluye y no habría laudo que emitir.

La decisión del Tribunal Arbitral desestimando la oposición no es susceptible de recurso impugnatorio, sea que se resuelva en la etapa postulatoria del proceso o que se resuelva en el laudo, salvo la interposición del recurso de anulación o el recurso de apelación, este último de haberse pactado, contra el laudo emitido, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39°, lo que también contempla la Sección Internacional.

De aceptar la oposición, no cabría recurso alguno, quedando expedita la vía judicial, al considerar los árbitros que el asunto no es arbitrable.

15. RECHAZO O DESCONOCIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL

Puede presentarse la situación que una de las partes considere que no existe litigio en la materia que se quiere someter a arbitraje, o pretenda desconocer el convenio arbitral.

En este caso, habría que distinguir si se trata de un arbitraje ad hoc o institucional y si en el primero las partes designaron a los árbitros; de haberlo hecho, corresponderá a los árbitros decidir sobre el particular; si se trata de un arbitraje institucional, es usual en los Reglamento de dicha institución que esta proceda a la designación de los árbitros, quienes igualmente decidirán.

En el caso del arbitraje ad hoc o que la institución arbitral no designe a los árbitros, tratándose del arbitraje nacional corresponderá al Juez Especializado en lo Civil proceder a dicha designación observando los procedimientos establecidos en el artículo 23° de la LGA.

Si la misma situación se presenta en el arbitraje internacional, la designación la hará la institución arbitral que la parte interesada señale, pudiendo ser cualquiera de las ubicadas en el lugar donde debe realizarse el arbitraje, si se hubiere previsto, o cualquiera de las instituciones de arbitraje ubicadas en Lima, a elección del interesado (artículo 102°), salvo que las partes pacten que se hará a instancias del Juez Especializado en lo Civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente.

16. AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL

La autonomía del convenio arbitral plantea la relación que existe entre este y el convenio principal, si se trata de un convenio accesorio que sigue la suerte del principal, lo que significa que la ineficacia del convenio principal conlleva también la ineficacia del convenio arbitral, posición sostenida por la doctrina clásica, la que basándose en el principio de la unidad fundamental del contrato, consideró a la cláusula arbitral como un pacto accesorio del convenio principal, por lo que debería seguir la suerte del principal.

Por otra parte, el desarrollo del arbitraje comercial internacional, las convenciones internacionales y la doctrina de la autonomía de la cláusula arbitral, determinaron su reconocimiento dentro del derecho interno.

Los que sostienen esta autonomía, expresan que la cláusula arbitral que forme parte de un contrato debe ser tratada como un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. Entre las ventajas de esta separación; se aduce que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no significa «ipso jure» que la cláusula arbitral no es válida. Si prolonga la eventual nulidad del contrato principal sobre el convenio arbitral, se restringiría indebidamente la manifestación de la voluntad encaminada a atribuir el conocimiento de cualquier litigio futuro a un árbitro, pues cabe estimar que las partes han tenido la intención de someter dicho problema de nulidad al conocimiento del árbitro.

El principio de la autonomía de la cláusula se revela, según Chillón Medina y Merino, como uno de los principios más constructivos de la práctica del arbitraje porque otorga a éste independencia y autosuficiencia, a la par que asienta su carácter jurisdiccional sobre una base real. Los árbitros pueden, por el mero hecho de considerar la cláusula como independiente, entrar a conocer de la pretendida validez del contrato principal. Son dueños de su propia investidura y de su competencia, quedando así –a reserva de ulterior conocimiento de la cuestión por los Tribunales judiciales– establecido el proceso arbitral.[47]

Este aspecto lo trata el artículo 16º, inc. 1, de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, al establecer que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo dé arbitraje. El convenio arbitral que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato y la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará «ipso jure» la nulidad del convenio arbitral.

Los artículos 14° (arbitraje nacional) y 106° (arbitraje internacional)[48] reconocen la independencia del convenio arbitral en relación con el contrato principal, y la consecuencia que la nulidad de este último no conlleva la nulidad del primero.

---

[47] CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, José, ob. cit., p. 598.

[48] Artículo 14°.- Separabilidad del convenio arbitral.- La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar inclusive sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o del acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra, en relación con la designación de los árbitros,

17. COMPETENCIA – COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

Como consecuencia de esta autonomía, el tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia, eficacia o validez del convenio de arbitraje. Incluso las observaciones que las partes planteen en relación a la competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral puede decir acerca de su propia competencia, principio que la doctrina reconoce con el nombre de Kompetenz-Kompetenz; puede decidir sobre las excepciones relativas a la existencia, eficacia o la validez del convenio arbitral, incluso sobre las objeciones que las partes planteen sobre el tribunal arbitral.

En lo que respecta a la relación entre la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros, existe confusión en algunos autores, nos dicen Chillón y Medina, que presentan ambas cuestiones sobre un mismo plano. Sin embargo, ambos son perfectamente diferenciables: la primera es una cuestión de fondo, la segunda, de procedimiento.[49]

Los artículos 39° (arbitraje nacional)[50] y 106° (arbitraje internacional), en forma similar al artículo 16°, de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional consagran el principio de la competencia-competencia, al mencionar la facultad de los árbitros para determinar

---

la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las cláusulas de procedimiento.

Artículo 106º.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.- (Primer párrafo).

«El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, inclusive sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A ese efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independientemente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral».

[49] CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, José, *ob. cit.*, p. 602.

[50] Artículo 39°.- «Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada».

su competencia, incluso sobre las oposiciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral.

Sin embargo, en el supuesto que se invoque la voluntad del contrato materia del negocio jurídico, por concurrir un vicio del consentimiento o porque las partes no tenían capacidad para celebrarlo, esto también puede afectar el convenio arbitral.

18. NORMAS APLICABLES A LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

En lo que se refiere a las normas aplicables a la resolución de la controversia habrá que determinar si el arbitraje pactado es de derecho o de equidad, lo que debe ser materia de especificación en el convenio arbitral, ya que, de no hacerse, será materia de determinación en base a la presunción contenida en la LGA.

La determinación si el arbitraje es de derecho o de conciencia corresponderá a las partes, sin embargo, de no mencionarse la clase de arbitraje en el convenio arbitral, se dispone por la LGA que tratándose de arbitraje nacional, se presume que las partes optaron por el arbitraje de equidad (artículo 3°); y en el caso del arbitraje internacional, la presunción es que el arbitraje será de derecho, así el artículo 117° señala que el tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

En el arbitraje de derecho los árbitros, que deberán ser abogados, resuelven aplicando e interpretando el derecho y valorando las pruebas en que se sustenta la decisión; el de equidad se resuelve de acuerdo a conciencia, a lo que se denomina el leal saber y entender de los árbitros, aunque se debe señalar que en este último caso, de acuerdo al artículo 51° de la LGA, el laudo requiere de una motivación razonada.

En un arbitraje nacional, el derecho aplicable serán las normas del país donde se resuelve la controversia.

Tratándose de un arbitraje internacional, se plantea cuál sería la legislación aplicable. Nuestra legislación ha suprimido la exigencia de que el *derecho aplicable* debe tener conexión con la relación jurídica o con la controversia, como podría ser al lugar de la celebración del contrato, la ley del foro, la nacionalidad de las partes. Corresponderá a las partes, en una primera instancia, definir la ley aplicable, de no hacerlo corresponderá a los árbitros su determinación, la ley no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto de leyes para determinar la legislación aplicable (LGA, artículo 117°).

El principio doctrinario nacional, señalado en el derecho internacional privado, de la autonomía de la voluntad como eje rector de la ley aplicable se mantiene en nuestra ley de arbitraje, comenta García Calderón.[51]

---

[51] GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 148.

Se debe de observar que la ley, al referirse al derecho aplicable, contiene la misma, referencia que la del artículo 103° de la Ley General de Arbitraje anterior, Cantuarias y Aramburú, comentando este aspecto en la Ley de Arbitraje, ya derogada (Decreto-Ley Nº 25935), señalan: «Si uno lee a la ligera el artículo 103º de la Ley General de Arbitraje, no se percatará que éste dispone que las partes pueden elegir las «normas de derecho» que serán las aplicables al fondo del litigio. Es decir, el dispositivo bajo estudio no obliga a las partes a designar la ley de un determinado país, sino que, muy por el contrario, deja en las partes, la facultad de elegir la aplicación de «reglas de derecho» distintas a una ley nacional, lo que, como veremos más adelante, se ha venido a denominar la nueva «Lex Mercatoria».[52]

El sometimiento a una determinada legislación conlleva un conocimiento previo de la misma, a efecto de conocer si la materia es arbitrable, la forma en que puede pactarse el convenio, etc.

19. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

En el arbitraje institucional las partes se someten al Reglamento de Procedimiento de la Institución Arbitral, nada impide que dentro de lo razonable las partes modifiquen el Reglamento en cuanto a los plazos; reduciéndolos o alargándolos, limiten las pruebas que pueden presentarse, supriman algunas etapas como la de los alegatos o la audiencia de conciliación, etc.

Estas modificaciones pueden estar contenidas en el convenio arbitral o plantearse en el Acta de Instalación del tribunal arbitral, siempre, en este último caso, que las partes estén presentes, y que suscriban dicha acta.

Por otra parte, la LGA en su artículo 6° se refiere al reglamento arbitral de dichas instituciones.

Lo que no está en el Reglamento no vincula a las partes, ahora bien, existen normas supletorias que son de aplicación, contenidas en la LGA y en el Código Procesal Civil.

a) Aceptación del arbitraje por la institución arbitral.

En lo que se refiere a la aceptación del arbitraje que se le somete a la institución arbitral, se plantea si hay la obligación de aceptarlo o tienen la potestad de rechazarlo, y si esta acepción debe ser comunicada a las partes interesadas.

En nuestro sistema, el artículo 18° de la LGA se refiere a la aceptación por parte de los árbitros, así como la aceptación de la institución arbitral, lo que da lugar a sostener la posibilidad de su rechazo.

---

[52] CANTUARIAS SALAVERRRY, Fernando y ARAMBURÚ IZAGA, Manuel, ob. cit., p. 370.

Para Lorca, el sistema supervisado origina una situación extremadamente perversa, ya que ante la negativa de la institución arbitral a aceptar el arbitraje, el sujeto queda abocado a acceder a la jurisdicción estática. Y ante ese abocamiento la parte contraria puede oponer, cuando sea demandada, la declinatoria por existencia de convenio arbitral. Se crea, de ese modo, una situación extremadamente malvada; la parte no puede resolver su controversia mediante arbitraje porque la institución arbitral le ha respondido negativamente, pero tampoco se la puede resolver la jurisdicción estática porque la parte contraria le opone la declinatoria justificada en la existencia de un convenio arbitral.[53]

En el caso que la institución arbitral considere que la materia de controversia no es arbitrable, porque así lo determina la ley o su reglamento, no debería aceptar el arbitraje. De hacerlo, al margen de las responsabilidades que pudiera sobrevenir, esta situación podrá ser subsanada por los árbitros, quienes dentro de la competencia e independencia para actuar, están facultados para decir acerca de la competencia.

b) Incumplimiento del encargo

La LGA, en su artículo 22°, considera que hay incumplimiento del encargo si la institución arbitral no designa a él o los árbitros dentro del plazo establecido en el reglamento arbitral, a falta de ello, dentro del plazo de 10 días de solicitada su intervención, de no hacerlo se considerará rechazado el encargo.

c) Fusión, escisión y extinción de la Institución Arbitral

En lo que concierne a las consecuencias, en caso que la institución arbitral a las que las partes han sometido la controversia se fusione, se escinda o extinga, habrá que señalar que en los dos primeros casos, no traería mayores consecuencias jurídicas en lo que respecta a la validez del convenio arbitral; siempre que la institución conserve su misma identidad.

En cuanto a la extinción de la institución arbitral a la que las partes habían sometido el arbitraje, para algunos determina que quede sin efecto el convenio arbitral, debiendo someterse en consecuencia a la justicia ordinaria la solución de la controversia, por imposibilidad sobrevenida del objeto del contrato arbitral.

Para otros, siendo la intención de las partes el sometimiento de la controversia al arbitraje, se deberá respetar esa voluntad, correspondiendo al Juez determinar a qué institución arbitral se someterán, siempre que se considere de carácter esencial el carácter institucional del arbitraje pactado.

Es importante señalar que la intención de las partes fue que la controversia que surja sea materia de arbitraje, debiendo respetarse esa voluntad, evitando que la controversia sea materia de decisión por parte del poder judicial.

---

[53] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *ob. cit.*, p. 146.

d) Institución arbitral inexistente

Si se trata del caso en que las partes se sometieron a una institución arbitral inexistente, debe distinguirse, señala Munne[54], entre el *error in gramática* y *el error in personae.* En el primer caso, deberá resolverse por la mera interpretación, por el propio centro de arbitraje, en el momento de aceptar el encargo arbitral, el segundo debe ser objeto de un tratamiento más complejo.

En este sentido, se plantea que un centro arbitral inexistente por *error in persona,* no debería afectar la validez ni la eficacia de la sumisión arbitral, en razón que las partes han expresado su voluntad de someter una determinada relación jurídica al arbitraje, lo que manifiesta *in genere* su *vocatio arbitralis.* Para otros, este error afecta la *vocatio arbitralis* pues existe una sinergia sumisión-selección fundamentada en la confianza, y no puede integrase a la voluntad de las partes hasta el extremo de desvirtuarla, e imponer una decisión judicial, que en ningún caso era contemplado por las partes.

20. PROCEDIMIENTO

En cuanto al procedimiento que se deberá observar durante el arbitraje, se debe considerar si se trata de un arbitraje ad hoc o de un arbitraje institucional.

En el primer caso, las reglas se determinarán en el convenio arbitral, por las partes o en defecto de ellos por los árbitros, según lo dispuesto en los artículos 33° y 108° de la LGA, según se trate de un arbitraje nacional o internacional, respectivamente.

La LGA en su artículo 34° distingue las diferentes etapas que el procedimiento deberá seguir, aplicable en caso que las reglas del procedimiento no hayan sido determinadas por las partes o los árbitros, las que no difieren mayormente de las que corresponden al procedimiento judicial, como son la formulación de la pretensión, contestación, reconvención, oportunidad de presentación de las pruebas, audiencia de conciliación, actuación de las pruebas, alegatos y audiencia oral. Nada impide que las partes o los árbitros supriman ciertas etapas, como podría ser la de conciliación y de los alegatos, en cuanto a las pruebas se pueden establecer o delimitar aquellas que se admitirán durante el proceso.

Las partes pueden sujetar el procedimiento a normas preestablecidas, como sería el caso del Reglamento de Procedimientos de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ya mencionado.

En cuanto al arbitraje institucional, las partes al someter la controversia a una institución arbitral, están admitiendo la aplicación del Reglamento de la Institu-

---

[54] MUNNÉ CATARINA, Frederick, *El arbitraje en la Ley 60/2003,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 77.

ción Arbitral a la que se someten. En este caso, las partes podrán también acordar las modificaciones que estimen conveniente a la aplicación de dicho Reglamento, dentro de lo que se considera razonable, como establecer la clase de pruebas que podrán presentarse, determinar los plazos del procedimiento, suprimir algunas etapas como los la audiencia de conciliación y los alegatos, etc.

Nuestra legislación en su artículo 33° señala que las partes pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización, lo que daría a entender que los árbitros, siendo un arbitraje administrado, pueden establecer una aplicación de un reglamento diferente al de la institución arbitral. Se sobreentiende que quien se somete a una institución arbitral está aceptando su reglamento, aunque el mismo pueda ser materia de modificación en determinados asuntos, como se ha expuesto.

Por otra parte, surge la inquietud que la mención de la aplicación del Reglamento de la institución arbitral conlleva en forma implícita que el arbitraje será administrado por dicha institución, sin que haya una manifestación expresa.

Al respecto, en nuestro concepto, debería manifestarse explícitamente este sometimiento. La Ley de Arbitraje de España precisa este punto en su artículo 4° inciso b), al referirse al convenio arbitral que se entendería que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido, manifestando la Exposición de Motivos de la mencionada ley «que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes».

De una manera práctica se acostumbra que en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, el mismo que es consecuencia de la aceptación de los árbitros, se incluyan las modificaciones que se estimen conveniente del Reglamento, considerándose necesario, en este caso, que las partes también suscriban la mencionada Acta.

A falta de acuerdo de las partes para determinar las normas de procedimiento, tratándose de un arbitraje ad hoc, corresponderá a los árbitros establecerlas, y en defecto de estos será de aplicación lo determinado en el artículo 34° de la LGA, siendo también de aplicación supletoria las normas pertinentes del Código Procesal Civil, conforme lo dispone su Primera Disposición Final, al mencionar que las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

En este sentido, es conveniente facultar a los árbitros para que los casos no contemplados en el Reglamento de Procedimientos puedan dictar las reglas complementarias que sean necesarias velando por que el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, buena fe y economía procesal, posibilitando la adecuada defen-

sa de las partes, siendo aconsejable su inclusión en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, el que constituirá un compromiso de las partes de suscribir la mencionada Acta.

En lo que corresponde al arbitraje internacional; el artículo 108° sigue lo dispuesto para la parte nacional.

El establecimiento de las normas de procedimiento no supone una rigidez como la de los procesos que se tramitan en la jurisdicción ordinaria, pues debe tenerse siempre en consideración un principio de libertad inherente a las partes, las que pueden plantear, siempre de común acuerdo, la modificación a las normas de procedimiento que han establecido.

a) Designación de los árbitros

La designación de los árbitros corresponde en principio a las partes, pudiendo figurar en el convenio arbitral, o en un acuerdo posterior; asimismo las partes pueden encargar a un tercero la designación de los árbitros, que puede ser una persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral (Artículo 20°). Puede designarse a uno o más árbitros suplentes, de no existir suplentes y requiriéndose nombrar nuevos árbitros se designará árbitros sustitutos, a falta de acuerdo entre las partes para esta designación se seguirá el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituto (artículo 32°).

La designación de los árbitros pueden darse de las siguientes maneras:

a) En forma conjunta, si así lo acuerdan las partes;

b) Que cada parte nombre a su árbitro, esto último aplicable en el caso de no haber acuerdo entre las partes;

c) Que un tercero facultado por las partes lo designe;

d) La institución arbitral encargada del arbitraje, en el caso del arbitraje institucional;

e) El Juez, a defecto de las partes, en el arbitraje ad hoc, o de la institución arbitral, para el caso del arbitraje administrado.

El sistema de nombramiento directo por las partes respeta el principio de la autonomía de la voluntad y tiene la ventaja, señala Ciurana,[55] de que éstas pueden elegir a los árbitros de su confianza. Por ello, la designación directa es el sistema preferente de los Reglamentos arbitrales.

---

[55] CIURANA, Andrés, «La aceptación del arbitraje y la designación de los árbitros», en *Actualidad Civil* N° 9 de 2001, Citado por LORCA NAVARRTE, Antonio María, *Comentario a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal Civil, San Sebastián, España, 2004, p. 140 y 141.

El sistema de nombramiento directo por la institución arbitral aparece en los reglamentos como un sistema subsidiario, para el caso que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la designación de los árbitros.

Aquí cabría referirse a la «modalidad abierta», la que atribuye a la institución arbitral la absoluta libertad en la elección de los árbitros, en función solamente de la idiosincrasia del tema litigioso.

La segunda modalidad es denominada «cerrada», en que la designación de los árbitros debe de hacerse dentro de la lista o panel de árbitros de la institución.

Finalmente, la «modalidad mixta» que se presenta tratándose de un tribunal arbitral, donde las partes eligen a sus árbitros, reservándose la institución el nombramiento del árbitro que habrá de complementar el Tribunal y que desempeñará el cargo de Presidente del mismo.

Los árbitros también pueden ser nombrados en determinadas circunstancias por el Juez, como los casos en que una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde, los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo para la designación del tercer árbitro, o las partes no se ponen de acuerdo para la designación cuando se trata de árbitro único, o hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo y no lleguen a acuerdo alguno; asimismo, la falta de cumplimiento de la designación por el tercero a quien se les encargó, no existiendo acuerdo entre las partes para una nueva designación a fin de que cumpla tal labor.

En lo que se refiere al arbitraje nacional, los árbitros deberán ser personas naturales, así lo señala la LGA en su artículo 25°. La institución arbitral, se limita a la administración del arbitraje, a la designación de los árbitros, de ser el caso, mas no podrá actuar como árbitro por ser persona jurídica, ya que deberán constituirse como tales a tenor de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la LGA. Sin embargo; en lo que respecta al arbitraje internacional no se establece ninguna limitación al respecto.

b) Número de árbitros

En lo que se concierne al *número* de árbitros la LGA (en su artículo 24°) en forma mandatoria, establece un número impar para el caso del arbitraje nacional, si las partes han acordado un número par los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral.

En el caso del arbitraje internacional, las partes tienen la potestad de determinar el número de árbitros, lo que significa que podrían ser en número par, a falta de acuerdo el número será de tres (Artículo 101°. LGA).

Entre las razones que permiten esta potestad en el arbitraje internacional, se debe a que en las legislaciones de algunos países se establece el número par. A fin de compatibilizar los diferentes criterios existentes en las sesiones de aprobación

de la Ley Modelo de la CNUDMI, se incluyó esta cláusula, que ha servido de modelo a nuestra legislación.

c) Idiomas

Adquiere una particular importancia, en el arbitraje internacional, cuando las partes son nacionales de países que no hablan el mismo idioma, determinar en el convenio arbitral el idioma que se utilizará en el procedimiento

El artículo 111° de la LGA, que corresponde al arbitraje internacional, establece que las partes podrán pactar libremente el idioma o idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. Nada impide que lo señalado en este artículo sea de aplicación para el arbitraje nacional, teniendo presente que en este último caso el artículo 33° permite que las partes pacten las reglas a que se sujeta el procedimiento correspondiente.

Serán las partes, y en su defecto los árbitros, quienes determinaran el idioma o idiomas que habrá de utilizarse en las actuaciones arbitrales. De presentarse algún documento diferente a los idiomas convenidos, el tribunal arbitral podrá ordenar que esté acompañado de la correspondiente traducción; es potestad del Tribunal tomar esta decisión, pudiendo aceptarlos en su idioma original.

d) Lugar del arbitraje

Otro aspecto a considerar en el convenio arbitral es el lugar del arbitraje, en el caso del arbitraje nacional; si las partes se encuentran domiciliados en diferentes lugares habrá que determinar el lugar más apropiado para el desarrollo del arbitraje, en igual sentido, ocurre en el arbitraje internacional, si las partes no determinan el lugar corresponderá hacerlo a los árbitros, según el artículo 109° de la LGA.

El lugar del arbitraje cobra particular importancia en el caso del arbitraje internacional, ya que la legislación del lugar donde se desarrolla el arbitraje, *lex fori*, será materia de aplicación en aspectos tales como la intervención de los jueces nacionales en el procedimiento, las probabilidades de ejecución del laudo, la actuación de las pruebas ante la negativa de una parte, las pruebas que según la ley del lugar no pueden presentarse, la aplicación de normas imperativas, etc. GARCÍA CALDERÓN comenta que la sede del tribunal tiene importancia en la medida que será la ley interna la que regule las normas procesales a seguir y en otros casos determinará la ley aplicable en defecto de la voluntad de las partes, a través de sus normas de conflicto. También es importante ya que el laudo arbitral estará arraigado en un ordenamiento jurídico determinado, y para hacerlo valer en un país distinto al que se dictó, será necesario seguir un procedimiento de reconocimiento y posterior ejecución de dicho laudo en el país en que se quiere ejecutar. Este procedimiento, conocido como «exequatur», exigirá el cumplimiento del debido proceso del lugar donde se

dictó el laudo, de ahí la importancia de fijar una determinada sede para lograr la ejecución del laudo arbitral».[56]

e) Plazo

Otro de los aspectos que deberían incluirse en el convenio arbitral es la determinación del plazo dentro del cual los árbitros deben de emitir el laudo; si se trata de un arbitraje institucional, por lo general, el Reglamento de la institución determina un plazo, sin embargo, nada impide que las partes determinen un plazo diferente. En el caso que no se fije plazo alguno, tratándose de arbitrajes a los que se les aplica las reglas de procedimiento contenidas en la LGA (artículo 34°) considera; en forma supletoria, que el laudo debe de pronunciarse dentro de los 20 días de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite de formulación de las pretensiones o de la reconvención; si no hubiesen hechos que probar, se faculta a los árbitros a adicionar un plazo de 15 días.

La consecuencia de no emitir el laudo dentro del plazo señalado, es que este hecho constituye una de las causales de nulidad del laudo que puede invocarse, siempre que la parte interesada lo haga con anterioridad a la notificación de este, según lo dispuesto en el inc. 5° del artículo 73° de la LGA.

f) Normas sobre el funcionamiento del tribunal arbitral

La forma cómo debe de funcionar el tribunal arbitral es materia que deberá precisarse en el convenio arbitral. En particular, cuando se trata de un tribunal arbitral colegiado es conveniente determinar si en las actuaciones deberán estar presentes todos los árbitros, o si la conducción de estas podrá delegarse a alguno de los árbitros o al presidente del tribunal, así como si las decisiones del Tribunal pueden adoptarse por la mayoría de los votos de sus miembros o si deben de ser adoptadas por unanimidad, la situación que se presenta por la falta de mayoría, pudiendo optarse por la figura del dirimente o la facultad decisoria del Presidente.

De no existir acuerdo entre las partes o de no haberse tratado estos puntos en el Reglamento de la Institución Arbitral al que las partes se han sometido, son de aplicación las normas supletorias contenidas en los artículos 45°, 46° y 47° de la LGA, en lo que respecta al arbitraje nacional, y los artículo 47º y 119° en lo que corresponde al arbitraje internacional.

21. TERMINACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral se extingue con la emisión del laudo por parte de los árbitros, sin embargo, también puede concluir en el caso que las partes renuncien al arbitraje, así como con la transacción o conciliación.

---

[56] GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, ob. cit., p. 147.

En cuanto a la renuncia al arbitraje, celebrado el convenio arbitral nada impide que las partes puedan renunciar a este.

La LGA contempla en su artículo 15° el caso de la renuncia, la que puede ser expresa mediante convenio celebrado con dicha finalidad, o tácita cuando se hubiere interpuesto demanda ante la jurisdicción ordinaria, por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos.

Las partes pueden transar o conciliar sus pretensiones iniciado el proceso arbitral, lo que trae igualmente como consecuencia que el convenio arbitral deje de tener efecto al haberse sustraído la materia. Este acuerdo puede realizarse en cualquier etapa del proceso, siempre que sea antes de la emisión del laudo, de haberse emitido no habrá nada que conciliar, sino proceder a su cumplimiento.

22. CONVENIO ARBITRAL E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La LGA en su Séptima Disposición Complementaria y Transitoria[57] establece, para los efectos del arbitraje, las reglas que rigen en materia de prescripción.

La prescripción de que se trata es la extintiva, aquella que por el transcurso del tiempo ante la inacción del titular del derecho se pierde.

---

[57] LGA. «Sétima Disposición Complementaria y Transitoria.- Interrupción de la Prescripción.- Para los efectos del Arbitraje, rigen en materia de prescripción, las siguientes reglas:

1. Se interrumpe el plazo de prescripción respecto a las pretensiones materia de decisión arbitral, desde que:

— a. Se produce el asentimiento a que se refiere el Artículo 11º.

b. Se formula la pretensión ante el los árbitros designados en el convenio arbitral o, se requiere a la otra parte el nombramiento de el o los árbitros o se notifica a la otra la iniciativa del arbitraje de conformidad con el Reglamento de la Institución Arbitral encargada de la Administración del Arbitraje, siempre que posteriormente se corra traslado a la otra parte de la solicitud de quien ha promovido el arbitraje.

2. Queda sin efecto la interrupción cuando se declara haber lugar a la anulación del laudo arbitral.

3. La prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que lo resuelto en el laudo es exigible.

4. Cuando las reglas de arbitraje aceptadas por las partes o el convenio arbitral dispongan la realización previa al arbitraje de un proceso conciliatorio, la iniciación de tal proceso interrumpirá el plazo de prescripción, siempre y cuando se concilie o, en su defecto, se inicie posteriormente el arbitraje.

5. Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción».

Se considera en el acápite 5 de estas Disposiciones que es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción, es decir, se considera como una cláusula no puesta.

Los otros incisos se refieren a las circunstancias en que se interrumpe el plazo de prescripción, como en el caso que se declara la anulación del laudo arbitral, el plazo de prescripción comenzará a correr nuevamente desde la fecha en que lo resuelto en el laudo arbitral sea exigible.

23. EXCEPCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral obliga a las partes a someter las controversias que se presenten al arbitraje, así como impide a los tribunales conocer la controversias sometidas a arbitraje.

En este sentido, la LGA, en sus artículos 16° y 19°, establece la excepción del convenio arbitral para el caso del arbitraje nacional e internacional, respectivamente. Esta excepción se origina en el Código Civil vigente, que la instituyó basándose en la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, el Código Procesal Civil la denomina excepción de convenio arbitral (artículo 446°, inc.11), en razón que la cláusula y el compromiso han sido sustituidas por el convenio arbitral.

Puede presentarse la situación en que la acción judicial se promueva cuando la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, en este caso el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. En el caso que aún no estuviese sometida la controversia al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable, de conformidad con el artículo 1º de la LGA.

Es importante señalar que encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo.

Tratándose del arbitraje internacional se presentan las mismas situaciones en lo que respecta a la excepción promovida cuando la materia ya estuviera en conocimiento de los árbitros; en este sentido, igualmente, el juez deberá ampararla, a menos que la materia sea de competencia exclusiva de los tribunales de la República o viole el orden público internacional. En este caso, si se ha entablado la demanda se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión este pendiente ante el Poder Judicial.

Puede tratarse que la materia de controversia haya sido objeto de resolución mediante un laudo firme o por una sentencia judicial firme, en este caso, lo que deberá plantearse es la excepción de cosa juzgada.

Capítulo XXXIV
COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Internet. 1.1. Definición de Internet. 1.2. Redes de comunicación. 1.3. World Wide Web (WWW). 1.4. Características jurídicas. 2. Comercio Electrónico. 2.1. Definición. 2.2. Ventajas y desventajas del comercio electrónico. a) Presencia global y elección global. b) Facilidad de acceso. c) Reducción del costo de operación y reducción de precios. d) Incremento del volumen de ventas. 2.3. Categorías del Comercio Electrónico. a) Empresa-Empresa o *Bussines to Bussines* (B2B). b) Empresa - Consumidor o *Bussines to Consumers* (B2C). c) Empresa - Administración Pública. d) Consumidor - Administración Pública. 2.4. Principios aceptados en el comercio electrónico. 1. El principio de la equivalencia funcional y no discriminación. 2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados. 3. Principio de la neutralidad tecnológica. 2.5. El comercio electrónico y la contratación por medios electrónicos. 2.6. El comercio electrónico y los derechos de autor. 2.7. Comercio electrónico y nombres de dominio. 2.8. Comercio electrónico y correspondencia no deseada. 2.9. Legislación en materia de comercio electrónico. 2.9.1. Ley de Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico. 3. Contratos informáticos. 3.1. Definición. 3.2. Objeto del contrato informático. 4. Documento electrónico. 4.1. Creación y soporte. 4.2. Documento y firma. 4.3. Definición. 4.4. Garantía de autoridad e integridad del documento electrónico. 4.5. Valor probatorio del documento electrónico. 4.6. Seguridad. 4.7. Microformas. 5. Firma Electrónica. 5.1. Definición. 5.2. Firma electrónica avanzada o firma digital. 5.3. Característica de la Firma electrónica avanzada. 5.4. La criptografía. 5.5. Funcionamiento de la firma electrónica. 5.6. Métodos de autenticación de la firma electrónica. 5.7. Validez de la firma electrónica. 5.8. Certificado digital y las entidades certificadoras. 5.9. Legislación. 6. Contratación Electrónica. 6.1. Definición. 6.2. Nacimiento de la relación entre las partes. Oferta y aceptación. 6.3. Naturaleza de las normas que regulan los contratos electrónicos. 6.4. Intercambio automático de mensajes. 6.5. Acuse de recibo. 6.6. Determinación de la fecha. 6.7. Lugar de celebración del contrato y ley aplicable. 6.8. Plazos de entrega. 6.9. Medios de contratación electrónica. 6.10. Vicios de la contratación electrónica.

6.10.1. Error. 6.10.2. Dolo. 6.11. Alteración del documento. 6.12. Legislación peruana. 7. Contratación electrónica y la contratación a distancia. 8. Contratación Electrónica y derecho del consumidor. 8.1. Cláusulas generales de contratación y la contratación electrónica. 8.2. Cláusulas abusivas. 8.3. Wrap agreement. 9. La tributación en el comercio electrónico. 10. Delitos informáticos. 10.1. Definición de delitos informáticos. 10.2. Delitos computacionales. 10.3. Delincuente informático. 10.4. Legislación en el Perú.

El comercio electrónico surge en los últimos tiempos producto del avance tecnológico en materia de comunicaciones, requiriendo debido a su naturaleza normas particulares que lo regulen.

Es así que a finales de la década de los años setenta del siglo pasado, la utilización del intercambio electrónico de datos *(IED)*[1] para efectos de la remisión y recibo de órdenes de compras, de facturas y avisos de embarque, la utilización del sistema de pagos interbancarios denominado «*Swift*»,[2] la aparición de los cajeros automáticos (ATM), estos últimos destinados a los consumidores, que les permite hacer diversas operaciones, como el retiro de dinero, transferencia de cuentas, pago de recibos, van a impulsar las transacciones electrónicas.

El estudio del comercio electrónico se inserta dentro del contexto del Derecho Informático, que estudia los problemas derivados de la aplicación de la informática en las relaciones jurídicas.

Dentro del ámbito contractual, estudia principalmente los contratos informáticos y los contratos electrónicos, donde se tratan temas relacionados con las obligaciones y responsabilidades que asumen las partes, la creación, distribución

[1] El IED se sustenta en la idea del intercambio, de trasmisión y recepción de datos. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico nos dice que por intercambio electrónico de datos se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida para tal efecto. En cuanto al funcionamiento del IED normalmente se realiza a través de redes privadas.

[2] *Swift* son las siglas del convenio de la Sociedad para Telecomunicación Interbancaria Financiera Mundial *(Society Worldwide Interbank Financial Telecommunications).* En 1973 los principales bancos internacionales planearon un sistema privado de redes de comunicación bancaria, que sustituyese al télex y otros medios de comunicación para trasmitir, entre ellos instrucciones de órdenes de pago para transacciones internacionales, el que entró en operación en 1977. Este sistema cuenta entre sus miembros a cientos de bancos a través del mundo, y se utiliza para transmisiones banco a banco, en las transferencias de fondos, instrucciones, cobros documentarios y créditos documentarios. El *Swift* funciona a través de mensajes preformateados a los cuales los bancos se deben adherir estrictamente, lo que permite el envío de instrucciones con un mínimo de errores. STINGUM, Marcia, *The money market. Myth Reality and Practice,* Dow Jones-Irwin, 1978, p. 435.

y explotación de hardware y software, los derechos y obligaciones de los creadores, distribuidores y usuarios de bases de datos, la protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual sobre el software, las transferencias electrónicas de fondos y la protección de datos de carácter personal. En el ámbito penal, estudia los delitos informáticos, entendidos como los que se cometen contra los sistemas que utilicen tecnologías de la información o los cometidos mediante el uso de estas tecnologías.[3]

1. INTERNET

La aparición de la Internet[4] determinará un cambio en la forma de hacer negocios, al tener un alcance global, la facilidad para su ingreso, y las ventajas que representa en lo que se refiere a la rapidez, una mejor comunicación, una mayor oferta de los bienes y servicios y la reducción del costo de las comunicaciones y de la infraestructura.

La red de Internet tuvo su origen en una iniciativa militar producto de un estudio realizado por la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados *(Advance Research Project Agency)* –ARPAT– del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, que se inicia en 1962, y tuvo como finalidad que los militares pudiesen tener un sistema fiable de comunicación en el caso eventual de un ataque nuclear, evitando depender de una comunicación específica punto a punto, la solución que se propuso fue la construcción de un sistema que siguiese funcionando aunque fuera dañada alguna de sus partes.

En 1969 ARPAT inició el proyecto definitivo utilizando supercomputadoras de alta velocidad: el ARPANET, que con el tiempo se convirtió en Internet, nombre que proviene del Protocolo de comunicación que usa el sistema: el TPC/IP, el primero denominado *(Transmission Control Protocol)* Protocolo de Control de Transmisión[5], y el segundo (*Internet Procotol)*, Protocolo de Internet.

Por otra parte, el desarrollo de las computadoras personales (PC), la reducción de su costo, la creación de un programa de conexión múltiple a través de la World Wide Net *(WWW)* fueron factores determinante de la expansión de la Internet.

---

[3] RICO CARRILLO, Marilliana, *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*, Ed. Legis, Caracas, 2003, p. 8.

[4] La palabra Internet, proviene de Interwork System (Sistema e intercomunicación de redes).

[5] Un protocolo de comunicación es un conjunto de reglas y procedimientos que rige el intercambio de información entre computadoras conectadas en línea. Su función es asegurar la compatibilidad de las aplicaciones que se crean, independientemente de la plataforma para las cuales han sido diseñadas.

1.1. Definición de Internet

Lorenzetti[6] define a la *Internet,* desde un punto de vista jurídico, como: «una red internacional[7] de computadoras interconectadas, que permite comunicarse entre sí a millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información de todo el mundo».

A la Internet también se le define como el conjunto de redes de computadoras interconectadas que, para el acceso a la información, utilizan plataformas de software y protocolos de comunicación estándar como, por ejemplo, el software de navegación de red, el protocolo TCP/IP[8] y el protocolo de trasferencia de *hipertexto*[9] –HTTP– *(hypertext transferprotocol),* el lenguaje HTML *(hipertext meta language)* para el formato de datos. La Internet utiliza para la navegación la

---

[6] LORENZETTI, Ricardo L., *Comercio Electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 10 y 11.

[7] Una red viene a ser un grupo de dos o más equipos interconectados por un cable, a través de líneas telefónicas o comunicación inalámbrica. Siendo sus componentes básicos los siguientes: software del cliente (permite utilizar los recursos de otros usuarios), software de servicios (permite compartir impresoras y archivo para redes), un adaptador de red (es decir, una tarjeta de expansión u otro dispositivo que conecta físicamente su PC a la red), un protocolo (o lenguaje que utiliza su PC para comunicarse con otros equipos de red).

En cuanto a las redes informáticas existentes, son las siguientes: 1) Conexión directa; dos computadoras conectadas. 2) Redes de área local (Redes LAN), son redes que conectan sólo a computadoras ubicadas dentro de un radio aproximado de un kilómetro, en ella todos los componentes se encuentran a corta distancia. 3) Redes de área metropolitanas (Redes MAN), utilizada para dar un servicio en un área mayor que las redes LAN. 4) Redes externas (Redes WAN), sus componentes pueden estar distribuidos en puntos lejanos.

[8] Tratandose de una red abierta de comunicaciones e información, Internet requiere de protocolos, tecnologías y lenguajes comunes para un funcionamiento eficiente. En cuanto a los protocolos el más usado es el TCP/IP.

[9] En términos generales, el hipertexto consiste en la presentación de textos en el monitor de la computadora de tal manera que al usuario le basta pulsar el puntero sobre cualquier término que aparezca resaltado para que la computadora lo lleve automáticamente de la pantalla que está viendo hacia una nueva, correspondiente a la base de datos asociada con la palabra resaltada, de esta forma el usuario «navega» saltando de pantalla en pantalla, no siguiendo una lectura secuencial, como cuando hojea un libro o una revista, sino según se lo dicta su curiosidad, sus intereses o sus asociaciones mentales. Inicialmente, el sistema sólo transportaba documentos pero rápidamente fue evolucionando hacia una interactividad cada vez mayor, incorporando nuevas prestaciones (como, por ejemplo, permitir «bajar» los programas de software que múltiples web ponen a disposición del público y que hasta entonces eran enviados principalmente a través del sistema FTP), convirtiéndose de un sistema de hipertexto en un sistema hipermedia, capaz de combinar presentaciones de texto, gráficos, sonido y animaciones. OCHOA OCHOA, Oscar Isaac, *El Comercio Electrónico y sus implicancias jurídicas en la compra venta internacional.* Tesis para optar el título profesional de abogado; Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2001, p. 102.

aplicación electrónica denominada la WWW *(world wide web)* o principio de navegación hipermedia, que consiste en sucesivos enlaces o *links*[10] de la información –datos, voces e imágenes– contenida en distintos servidores.

1.2. Redes de comunicación

El acceso a la Internet permite aprovechar una gran variedad de comunicación y de métodos de recolección de información, uno de estos medios de comunicación es el e-mail –proviene de la abreviatura de *electronic mail*–, que permite el envío de mensajes electrónicos, generalmente a través de una carta o nota a un destinatario o grupo de destinatarios. El mensaje espera que el destinatario revise su correo, pudiendo el sistema anunciarle que le ha llegado un correo.

La aplicación de la tecnología Internet en estas clases de redes hizo viable la aparición de redes con características propias, como la *Intranet* y la *Extranet*. La primera es una red cerrada limitada a la extensión de una empresa, la segunda es una red *WAN* (red de área extensa) privada que utiliza protocolos públicos, al servicio de grupos privados basados en redes y protocolos abiertos, que no se encuentran abiertos al público, requiriéndose para participar en operaciones comerciales que las partes celebren un convenio con anterioridad, donde se fijen las condiciones de las transacciones a realizarse y los formatos en los cuales se transmiten las instrucciones a fin de celebrar un contrato determinado. Entre los sistemas de estos circuitos cerrados el más conocido es el *Swift*.

1.3. World Wide Web (WWW)

La World Wide Web (WEB) es la aplicación electrónica del Internet, que combina el carácter abierto de la Internet con un interfaz de usuario sencillo. La WWW fue creado en el laboratorio de física de partículas CERN en Ginebra, en 1991.

La WWW[11] surge de la articulación del empleo de *hipertexto*, la capacidad de acceso masivo a la información a través de las redes, en particular, de Internet y de la existencia de los sistemas distributivos, lo que permite que pueda ser materia de acceso desde cualquier lugar donde se encuentre físicamente la computadora.

1.4. Características jurídicas

La relación entre Internet y el derecho se deriva de los bienes y servicios que se comercializan a través de este medio o se ponen a disposición del público, nace

---

[10] Los links son hipervínculos entre las páginas, que permiten la navegación mediante la superposición eficiente de textos entre sitios.

[11] La creación de la WWW aparentemente fue el producto de la investigación y creación europea, especialmente del británico Tim Berners-Lee quien escribió el código de conexión WWW en 1990. Ver BERNERS-LEE, *Weaving the Web*, Londres, 1999.

entonces de una relación jurídica que puede ser una venta, compra, servicios, cesión de derechos, etc., igualmente pueden nacer de actos ilícitos como el abuso de confianza, fraude, imitación, pornografía, piratería, etc.

Entre las características jurídicamente relevantes que presenta la Internet se encuentran las siguientes:

a) es una red abierta, puesto que cualquiera puede acceder a ella;

b) es interactiva, ya que el usuario genera datos, navega y establece relaciones;

c) es internacional, en el sentido de que permite trascender las barreras nacionales;

d) hay una multiplicidad de operadores;

e) tiene una configuración de sistema autorreferente, y por ello carece de un centro que pueda ser denominado «autoridad», opera descentralizadamente y construye el orden a partir de las reglas del caos;

f) tiene aptitud para generar sus propias reglas sobre la base de la costumbre;

g) muestra una aceleración del tiempo histórico.

2. COMERCIO ELECTRÓNICO

2.1. Definición

Por comercio electrónico *(e-commerce),* en un sentido genérico, se entiende cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial realizada a través de las redes de telecomunicaciones.[12] El comercio electrónico comprende las transacciones comerciales que se realizan a través de teletransmisiones, cuya manifestación es, fundamentalmente, mediante negocios jurídicos celebrados a través de computadoras.

En un sentido amplio, al comercio electrónico se le define como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, como Internet.

El concepto de comercio electrónico no sólo incluye, señala Villar[13], la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para actividades anteriores o posteriores a la venta, como son:

---

[12] PUIGCERVER ASOR, Carlos, «La firma digital y las autoridades de certificación: Regulación e interacción en el proceso español tras la regulación del comercio electrónico», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nº 197, marzo de 2002, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 134.

[13] VILLAR, José Manuel, «Una aproximación a la firma electrónica», en *Derecho de Internet.* Coordinadores Rafael Mateus de Ros y Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 166.

a) La publicidad.

b) La búsqueda de información sobre productos y proveedores.

c) La negociación entre comprador y vendedor sobre pago y condiciones de entrega.

d) La atención al cliente antes y después de la venta.

e) La realización de trámites administrativos relacionados con la actitud comercial.

f) La colaboración entre empresas con negocios comunes.

Por su parte la Comisión de la Unión Europea en la Comunicación denominada «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico» (COM.97.157), define al comercio electrónico como: el «desarrollo de actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas como: la comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica; la distribución *«on line»*[14] de contenido digital, la realización por vía electrónica de operaciones financieras y de bolsa; la obra pública por vía electrónica y todo procedimiento de ese tipo celebrado por la Administración Pública». Esta definición es sumamente amplia e incluye: el sector productivo y el distributivo, los bienes materiales y los inmateriales, el sector público y privado, contratos entre empresas y con los consumidores.

2.2. Ventajas y desventajas del comercio electrónico

Entre las *ventajas* que presenta el comercio electrónico, las mismas que han contribuido a su desarrollo, se puede mencionar en el caso de los oferentes la posibilidad de participar en el mercado global con un costo mínimo, y en lo que respecta a los compradores, los mejores precios y la comodidad para efectuar sus adquisiciones.

El éxito del comercio electrónico puede explicarse por dos razones, señala Cándido Paez-Ares,[15] en primer lugar este es accesible desde todo el mundo, con lo cual se globaliza el mercado en el último nivel; y en segundo lugar se precisa de una tecnología cada vez más barata para su desarrollo, con lo que se reducen los costos de la contratación por esta vía.

Frente a los métodos tradicionales de adquisición de bienes y servicios se reconoce al comercio electrónico las siguientes ventajas:

---

[14] Un contrato «on line» corresponde a aquel que se crea de forma completa o en parte a través de medios telemáticos, es decir, por redes de comunicaciones, y su realización generalmente es a través de mails o desde la pagina web.

[15] PAZ-ARES, Cándido, «El Comercio Electrónico. Una breve reflexión de política legislativa», en *Derecho de Internet*. Coordinadores Rafael Mateus de Ros y Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 85.

a) Presencia global y elección global

El comercio electrónico no está limitado por un ámbito territorial, sino por la cobertura de las redes de ordenadores, la que tiene un ámbito global, lo que permite llegar al público en general. Por su parte, el cliente puede elegir entre los diversos proveedores de un determinado producto o servicio, al margen del lugar en que se encuentre.

b) Facilidad de acceso

El comercio electrónico puede realizarse en cualquier momento durante las venticuatro horas del día, desde la comodidad del hogar se elimina los desplazamientos, lo que supone un ahorro de tiempo y de dinero.

c) Reducción del costo de operación y reducción de precios

La reducción de costo de operación se traduce, para el oferente, en los costos del local, del personal, del transporte, de distribución y producción, de la publicidad (el ahorro en la impresión) y del envío de catálogos, los que se pueden obtener de internet, y para el comprador, en un precio menor del bien o servicio debido a la reducción de los costos de transacción.

d) Incremento del volumen de ventas

La reducción de los costos significa la posibilidad de un menor precio, poniendo el producto o servicio al alcance de un segmento mayor de la población.

Entre las *desventajas* del comercio electrónico en la adquisición de bienes y servicios se mencionan las siguientes:

a) La incertidumbre acerca del cumplimiento del envío de la mercadería comprada.

b) La dificultad de accionar en los casos de reclamo, en particular en las transacciones alejadas o transfronterizas.

c) La falta de atención en los reclamos por las demora de los envíos.

d) Las dificultades y demoras en la devolución del dinero, en el caso que los bienes no llegan a su destino.

e) La desconfianza en los sistemas de pagos y en los nuevos estándares de seguridad de la red.

f) La posibilidad que la información sea interceptada por terceros, la que podría utilizarse en perjuicio del usuario.

g) La desconfianza en lo que respecta al proveedor, a quien no conocemos, presentándose inquietudes tales como la atención en la formulación de reclamos, y las medidas que podrían adoptarse en este caso, a diferencia de la facilidad de reclamos ante el proveedor local ante quien podemos

reclamar personalmente, y de la presentación de la denuncia ante las autoridades locales.

2.3. Categorías del Comercio Electrónico

El negocio jurídico electrónico es un contrato u otra forma de negocio jurídico, el cual se evidencia en un instrumento generado en forma electrónica, en lugar de una forma física, y donde las voluntades se evidencian mediante códigos que identifican a las personas y certifican su voluntad de estar obligados.

Este intercambio puede realizarse a través de un circuito cerrado o circuito abierto, por personas en las que ambas pueden ser comerciantes (*business to business*) o una de ellas comerciante y la otra consumidor (*business to consumer*).

Al comercio electrónico se le agrupa en las siguientes categorías:

a) Empresa-Empresa o Bussines to Bussines *(B2B)*

En esta categoría se agrupa el comercio electrónico realizado entre empresas, que comprende, entre otros: la coordinación entre las operaciones de compra de una empresa y sus proveedores, los planes de logística entre empresas, los distribuidores mayoristas y minoristas, el servicio al cliente, etc., actividades que han determinado su rápido crecimiento.

Asimismo, esta categoría comprende las operaciones financieras internacionales, encontrándose entre ellas las que ofrece la banca, como los pagos por el sistema *Swift*, las operaciones de cambio, las operaciones que se efectúan a través de los cajeros automáticos que permite el pago de obligaciones, transferencias, compra de divisas y otras operaciones; las operaciones del mercado de capitales, que corresponde a las operaciones de compra venta de títulos valores que se cotizan en la Bolsa de Valores, mediante la orden que el cliente da a los corredores, existiendo entre ellos una relación comercial preestablecida, que se conoce con el nombre de corretaje *on line.* Los títulos valores electrónicos, los que no se emiten a través de un documento físico sino a través de la certificación de inscripción de la propiedad del título (archivado en forma electrónica), que realizan agentes autorizados especiales, conocidos en nuestro medio como Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores.[16]

b) Empresa - Consumidor o Bussines to Consumers *(B2C)*

Este segmento lo constituye la relación que se da entre empresas o comerciantes y los consumidores finales, permitiendo que el productor o comerciante

[16] Aspecto que nuestra legislación trata en el Decreto Legislativo Nº 861 –Ley del Mercado de Valores–; la Ley Nº 27287 –Ley de Títulos Valores–; y la Ley Nº 26887 –Ley General de Sociedades–.

accedan a un número ilimitado de consumidores, de potenciales clientes, y por su parte los clientes finales acceden a una mayor oferta de bienes y servicios, desde la comodidad de su hogar.

c) Empresa - Administración Pública

Como su nombre lo indica, es el comercio electrónico que realiza el Estado o la Administración Pública en el desempeño de su actividad comercial con particulares, mediante el empleo de Internet u otros medios electrónicos. Estos particulares pueden ser empresas proveedoras de bienes o servicios que a través de la difusión de licitaciones, demandas y ofertas que hacen los gobiernos a nivel mundial en la red, tienen la posibilidad de poder acceder a estas ofertas y participar en ellas, a esta clase de comercio se le conoce con el nombre de «e-goverment».

En la legislación peruana, la Ley Nº 26850 –Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado– (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 0833-2004-PCM), en su Título VII se refiere al Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), definiéndolo como el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las adquisiciones y contrataciones del Estado, así como la realización de las transacciones electrónicas, reconociendo a los actos que se realicen a través del sistema la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios manuales para todos los efectos legales.

El denominado gobierno electrónico o *e-government*, proviene del uso y aplicación de la tecnología de la información conjuntamente con la aparición de la Internet, en los diversos campos de las actividades de la Administración Pública, en la que se incluye, entre otras, a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, el Poder Judicial, la Superintendencia Nacional de los Registros Público, las contrataciones de bienes y servicios por parte del Estado, los Procedimientos Administrativos comprendidos en la Ley Nº 27444 – Ley de Procedimientos Administrativo General.[17]

d) Consumidor - Administración Pública

Esta aplicación parte de considerar que Internet es en principio un medio de comunicación, lo que es un elemento fundamental de las actividades humanas, y considera que algunas aplicaciones no comerciales pueden seguir siendo consideradas como actividades económicas, entre las cuales se encuentran los servicios gubernamentales (impuestos, contabilidad pública y programas de subvenciones) prestados a los consumidores.

---

[17] Ver RONDINEL SOSA, Rocío, «La Administración Pública en el Perú: Perspectiva dentro de la tecnología telemática», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas,* Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 59 (1) Año 2002, Lima, pp. 61 y ss.

En nuestro medio, desde hace algún tiempo se viene utilizando las declaraciones telemáticas, como el pago electrónico de impuestos, la realización de trámites y gestiones por medios electrónicos, entre otros.

2.4. Principios aceptados en el comercio electrónico

En cuanto a los principios aceptados en materia de comercio electrónico, Rafael Illescas,[18] señala los siguientes:

1. El principio de la equivalencia funcional y no discriminación.

El «criterio del equivalente funcional», según la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico,[19] se basa en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, el documento cuyo contenido se encuentra en una hoja de papel cumple funciones como: proporcionar un documento legible para todos, asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo, permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito, permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.

Con respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucho mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. La adopción del criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados.

En relación con este principio, Illecas[20] nos dice que es claro que la norma que reconoce jurídicamente el Comercio Electrónico no puede ser la ocasión para

---

[18] ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «La firma electrónica y el Real decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *Derecho de los Negocios*, Nº 109, Madrid, octubre de 1999, pp. 8 y ss.

[19] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta: S.99. V.

[20] ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «La firma electrónica y el Real decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre», cit., p. 9.

la reforma del derecho preexistente de obligaciones y contratos, pero no es menos cierto que la contratación electrónica innova profundamente en dicha rama del Derecho privado, común y especial.

En este sentido, añade que las relaciones obligatorias entre los ciudadanos, perfeccionadas, ejecutadas y consumadas por vía electrónica no tiene que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados.

3. Principio de la neutralidad tecnológica

El principio de la neutralidad tecnológica considera que no debe regularse una concreta tecnología de la firma electrónica, sino que debe comprender a todas las tecnologías disponibles, presentes y futuras.

2.5. El comercio electrónico y la contratación por medios electrónicos

El comercio electrónico engloba el concepto de contratación electrónica, pero no se limita a él.[21]

El contrato electrónico incluye exclusivamente la posibilidad de emitir mensajes de datos, destinados a una contraparte, cuyo consentimiento recíproco sobre los mismos extremos del compromiso determina la formación de un acuerdo de carácter contractual, mientras que el comercio electrónico se extiende a todos los recursos negociales que permite la actividad económica en medios digitales, entre los que se incluyen los actos preparativos, la oferta, las comunicaciones comerciales, etc.

Puede incluirse dentro del concepto de comercio electrónico, entre otros, la apertura del negocio virtual, la publicidad de productos dentro de la red, el intercambio de información entre el vendedor y el cliente 'potencial, los mensajes trasmitidos entre los contratantes, los pagos electrónicos, la distribución de los productos o servicios adquiridos, los servicios pre y post venta.[22]

2.6. El comercio electrónico y los derechos de autor.

En cuanto a la relación del derecho de propiedad y los usuarios de Internet, la facilidad de bajarlos de la red y grabarlos en cualquier medio, como sería el disco o en cualquier medio que facilite su reproducción, ha dado lugar que en algunas legislaciones no consideren dentro del régimen de protección a los derechos de autor, el contenido en un soporte digital.

---

[21] ILLESCAS ORTIZ, Rafael, Derecho de la contratación electrónica, Madrid, Civitas, 2000, p. 215.

[22] BURGOS, Andrés, «Los contratos con el Consumidor en Internert», en *El contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 249.

Por otra parte, se presentan dificultades para la aplicación de las sanciones en el caso de copias piratas a través de los medios electrónicos, debido a la dificultad de un control eficaz de este medio, como es la investigación del origen de las copias, la facilidad con que pueden reproducirse, además de la tolerancia por parte de la sociedades a esta práctica.

En cuanto a la página Web, en la actualidad, en el ámbito internacional es objeto de debates la posibilidad de que exista un derecho de propiedad intelectual o la posibilidad de registro del diseño de una página web. Sin duda, expresan Cubillos y Rincón,[23] podemos decir con total claridad que se vulneraría su propiedad intelectual si se copian elementos de una página web para instalarlos en otra y sin lugar a dudas puede accionarse legalmente teniendo como fundamento la respectiva ley de propiedad intelectual o *copyright*.

En lo que se refiere al software, este también trae consigo una serie de dificultades, por cuanto los programas son una de las tantas formas susceptibles de ser protegidas por el régimen de propiedad intelectual. Dada su naturaleza, el software excede los límites inherentes tanto al derecho de autor como al de marcas y patentes. Es por ello que cualquiera de los mencionados regímenes pueden ser utilizados para proteger distintos aspectos de un mismo software, existiendo zonas en las que la aplicación se superpone y otras en que no se encuentra efectiva protección.

Los contratos mediante los cuales se adquiere los programas de cómputo, se denominan Convenios de Licencia de Software, debido a que el software no se vende, lo que se autoriza es su uso.

En estos contratos se especifica la máquina en que se instalará el programa para su utilización, pactándose la denominada licencia de instalación. En cuanto a las copias de respaldo se autorizan contractualmente (*backup*) pero sólo en calidad de respaldo.

En los Estados Unidos de América, la jurisprudencia ha hecho responsables a los PSI[24] por violación de derechos de autor de terceros, bajo criterios que abarcan la responsabilidad directa por infracción al haber realizado una reproducción no autorizada por el hecho de operar los servidores que permiten la interoperabilidad de la red.

---

[23] CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*. Ediciones Jurídicas Gonzalo Ibañez. Bogotá, 2002, p. 57.

La ley colombiana Nº 633 de 2000, establece en su artículo 91 que todas las páginas web y sitios de origen colombiano que operan en internet y cuya actividad económica sea de carácter financiera, comercial o prestación de servicios, deberán inscribirse en el registro mercantil llevado por las cámaras de comercio.

[24] PSI. Proveedores de Servicios de Internet.

Teniendo en cuenta la incertidumbre originada en tan diversos criterios interpretativos, en el caso específico de la protección del derecho de autor, Estados Unidos adoptó el «Digital Copyright Milleniun Act» (DCMA) en diciembre de 1998, el cual establece una regulación de los intermediarios en línea, con los criterios de responsabilidad y excepciones respectivas. Estas últimas enfocadas a las actividades de los PSI, en las cuales se pueden asimilar a meros transmisores de señales de telecomunicaciones o cuando solamente realizan actividades de almacenamiento temporal de archivos.

En el Perú, el Decreto Legislativo Nº 822 –Ley sobre derechos de autor– comprende entre las obras protegidas a los programas de ordenador[25], en los mismos términos que las obras literarias, aunque no constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, por parte del usuario lícito y para su exclusivo uso personal.

Por otra parte, la Ley Nº 28086- Ley del Libro y de Fomento de la Lectura – considera dentro de los alcances de la Ley al Libro electrónico, definiéndolo como el Texto editado y reproducido por medios electrónicos para su transmisión, utilización y explotación total o parcial a través de Internet u otras vías informáticas. El libro electrónico tiene el mismo régimen de protección que el libro impreso y los productos editoriales afines. Se consideran como soportes para libros electrónicos el disco compacto o CD (Compact Disc), la cinta digital de audio o DAT (Digital Audio Tape), el disco digital de vídeo o DVD (Digital Video Disc), así como todo soporte en material o tecnología conocida o por conocerse, apto para la fijación y reproducción de la obra intelectual.

La Ley señala como rol del Estado el de promover el respeto a los derechos de la propiedad intelectual y el de combatir la piratería en todas sus modalidades, además de promover mecanismos efectivos que desincentiven la adquisición de productos que atenten contra la legislación de derechos de autor y derechos conexos.

Finalmente, el Decreto Ley Nº 26122 –Ley de la Competencia Desleal– considera en su artículo 19º como actos de competencia desleal la copia o reproducción no autorizada, considerando como tales, la fabricación, la importación y la venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de propiedad industrial o de derechos de autor.

---

[25] La Ley define el programa de ordenador (software) como la: «Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un computador ejecute una tarea u obtenga un resultado. La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso».

2.7. Comercio electrónico y nombres de dominio

El ofrecimiento de productos y servicios a través del comercio electrónico requiere, como en el comercio diferente a esta vía, la identificación de quien los ofrece, a efecto que el consumidor lo identifique, de esta manera al conocerse de quién se trata se consideran factores tales como: la seriedad del oferente y la calidad de lo que se adquirirá.

Al lado de las marcas en el comercio electrónico aparecen los nombres de dominio.[26] Las marcas y los nombres de dominio cumplen la función en Internet de identificar a quienes ofrecen bienes y servicios a través de Internet.

El problema se plantea cuando se registra un nombre de dominio que corresponde a una marca, teniendo presente que el régimen de la marca le otorga a su titular el uso exclusivo de esta y a su vez la exclusión de terceros en su utilización.

La aparición de la Internet dio lugar, sin mayor éxito, que algunos planteasen el fin del derecho de autor o de las marcas reemplazadas por la eficiencia de la red global.

2.8. Comercio electrónico y correspondencia no deseada

Como se ha expuesto, el correo electrónico constituye un medio de publicidad de que se valen las personas para ofrecer sus bienes y servicios sin ningún costo, reduciendo de esta manera los costos de transacción, en relación con el servicio de correo.

Este correo, que se remite en forma masiva, en general sin haber sido solicitado, se le conoce con el nombre de «spam».

El fundamento para prohibir el envío de esta clase de e-mails no solicitados, se basa en considerar a la computadora del sujeto receptor como un domicilio, siendo en este sentido el envío de e-mails no deseado similar a la intromisión arbitraria en la vida privada, violando la intimidad según Lorenzetti.[27] También se ha sostenido que la regla de la privacidad debe diferenciar el e-mail comercial del que no lo es y ser más rigurosa en el primer caso que en el segundo, por aplicación analógica de las reglas existentes en el correo no virtual.

En el Perú, siguiendo a las numerosas legislaciones que han tratado este tema, la Ley Nº 28493, con vigencia a partir del 11 de julio de 2005, ha regulado el uso del correo electrónico comercial no solicitado, disposición que ha sido reglamentada por D.S. Nº 031-2005-MTC de 30 de diciembre de 2005 (publicado en el Diario oficial «El Peruano» el 4 de enero de 2006.

---

[26] FERNÁNDEZ CALVO, Rafael, «El dominio es el conjunto de carácteres que identifica un sitio de red accesible por un usuario», Glosario Básico inglés - español para usuarios de Internet, 4ª edición, en http: //www.ati.es/novatica/glointv2.html.

[27] LORENZETTI, Luis Ricardo, *ob. cit.*, p. 241.

Para este efecto, la Ley considera como correo electrónico comercial aquel que contiene información comercial publicitaria o promocional de bienes y servicios de una empresa, organización, persona o cualquier otra cosa con fines lucrativos. Esta publicidad debe de originarse en el país.

Reconoce como derecho de los usuarios rechazar o no la recepción de correos electrónicos comerciales, y, asimismo, como obligación de los proveedores de servicios de los correos electrónicos, incluyendo dentro de este concepto a quien actúa como intermediario en el envío o recepción del mismo domiciliado en el país, el contar con un sistema de programas de bloqueo o de filtros para la recepción o transmisión que se efectúe a través de su servidor, de los correos electrónicos no solicitados por el usuario.

El artículo 5º de la Ley considera que todo correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado, originado en el país, debe contener:

a) La palabra «PUBLICIDAD», en el campo del asunto (o subject) del mensaje.

b) Nombre o denominación social, domicilio completo y dirección de correo electrónico de la persona natural o jurídica que emite el mensaje.

c) La inclusión de una dirección de correo electrónico válido y activo de respuesta para que el receptor pueda enviar un mensaje para notificar su voluntad de no recibir mas correos no solicitados o la inclusión de otros mecanismos basados en Internet que permita al receptor manifestar su voluntad de no recibir mensajes adicionales.

El recibir correos electrónicos no solicitados en principio no es materia de sanción, a menos que se considere ilegal, situación que se da cuando:

a) No cumpla con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 5º de la Ley.

b) Contenga nombre falso o información falsa que se oriente a no identificar a la persona natural o jurídica que transmite el mensaje.

c) Contenga información falsa o engañosa en el campo del «asunto» (o subject), que no coincida con el contenido, del mensaje.

d) Se envíe o transmita a un receptor que haya formulado el pedido para que no se envíe dicha publicidad, luego del plazo de dos (2) días.

La responsabilidad por el envío del correo electrónico no solicitado, considerado ilegal, reviste un carácter solidario y alcanza a quien los envía, a las empresas personas beneficiarias de manera directa y a los intermediarios, tales como los proveedores de servicios de correos electrónicos, debiendo de compensar al receptor de la comunicación. Se establece como compensación al receptor de la comunicación una equivalente al uno (1) por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria por cada uno de los mensajes de correos electrónicos transmitidos, con

un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, quien podrá accionar por la vía del proceso sumarísimo, para efectivizar dicho pago.

En lo que se refiere al campo de aplicación de la ley, al margen de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor, comprende al correo electrónico originado en el país, así como a los proveedores de servicio de correo electrónico domiciliado en el país.

En lo que respecta al receptor del mensaje puede que no esté domiciliado en el país, nada obsta para que se accione para obtener la compensación del caso ante la justicia peruana, aunque en la práctica es bastante difícil que se presente, por razones de distancia y por el monto no significativo de la compensación.

El nombre falso, la publicidad falsa o engañosa, no sólo afecta al receptor que podrá o no reclamar la compensación, sino a los consumidores en general, por lo que el artículo 9º de la Ley considera que el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –Indecopi– es la autoridad competente para conocer las infracciones cometidas, fijándose las multas de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 716, Ley de Protección al Consumidor, o en el Decreto Legislativo 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, según corresponda.

2.9. Legislación en materia de comercio electrónico.

La legislación que norma las actividades del comercio electrónico debe responder en primer lugar a establecer los mecanismos necesarios que contribuyan a la seguridad y validez de las transacciones por vía telemática, tanto en el derecho sustantivo como adjetivo.

En materia de legislación sobre comercio electrónico se puede citar la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

En España, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre de 1999, regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, de condiciones generales de contratación.

Desde una perspectiva internacional, el carácter global de la economía de red se plantea la armonización de las legislaciones en comercio electrónico, que comprenda la protección de los consumidores, la competencia desleal, un adecuado tratamiento fiscal, que evite la doble imposición, así como la evasión tributaria.[28]

---

[28] PUIGCERVER ASOR, Carlos, *ob. cit.*, p. 135.

En lo que respecta la armonización de las legislaciones sobre esta materia la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), preparó una Ley Modelo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 85a. Sesión plenaria del 16 de diciembre de 1996.[29]

2.9.1. Ley de Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico

La finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[30] es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que posibilite un desarrollo más seguro de la vía de negociación electrónica, a la que se conoce con el nombre de «comercio electrónico». La homogeneidad normativa evitará que un régimen legal interno inadecuado pueda obstaculizar el comercio internacional, basado en modernas técnicas de comunicación.

Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescritos por la Ley Modelo para todo supuesto en el que las partes opten por emplear medios electrónicos de comunicación, un Estado estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial.[31]

La Ley Modelo está dividida en dos partes: la primera, regula el comercio electrónico en general, y la segunda, el empleo de ese comercio en determinadas materias de la actividad comercial.

Entre los principales aspectos de la ley se puede señalar su ámbito de aplicación que comprende todo tipo de información en forma de datos utilizados en el contexto de actividades comerciales.

La Ley sigue el criterio de la equivalencia funcional, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito

---

[29] Es de destacar que la CNUDMI ha preparado además la Ley Modelo sobre Firmas Digitales, aprobado el 5 de julio del 2001 en el 34.º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento nº 17, A/56/17, Anexo B, y el Proyecto de Convención sobre el Uso de las Comunicaciones Electrónicas en la Contratación Internacional, aprobado el 15 de julio del 2005 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

[30] La Asamblea General de las Naciones Unidas en su 85ª. Sesión plenaria de 16 de diciembre de 1996 recomendó que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme.

[31] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, 1996, Publicación de las Naciones Unidas, p. 17.

consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico, la adopción del criterio mencionado no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico que las aplicables a la documentación consigna sobre el papel.

Entre los principales aspectos tratados en la primera parte de la Ley Modelo se encuentra el reconocimientos de los efectos jurídicos de los mensajes de datos[32], otorgándoles validez y fuerza obligatoria a la información que contenga (art. 5), estableciéndose un mínimo aceptable, los que también gozarán de la debida fuerza probatoria. (art. 9). El artículo 13 establece las normas a efectos de determinar de quién proviene el mensaje de datos, por su parte, el artículo 14 establece las normas del acuse de recibo cuando el iniciador los solicite o lo acuerde con el destinatario. En cuanto al tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, en caso que las partes no lo convengan, considera que el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos a nombre del iniciador (art. 15), la ley no regula el momento de la celebración del contrato, se limita a fijar los requisitos del pedido electrónico y del acuse de recibo.

La segunda parte de la Ley se refiere a los actos relacionados con el transporte de mercaderías, estableciendo normas particulares que le son aplicables sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte, considerando que cuando la Ley requiera que cualquiera de estos actos se lleve a cabo por escrito o mediante un documento que conste de papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos.

3. CONTRATOS INFORMÁTICOS

3.1. Definición

Se denomina contratos informáticos aquellos cuyo objeto lo constituyen los bienes y servicios informáticos.

Se define el contrato informático como el acuerdo de voluntades de dos o más partes con el objeto de crear vínculos de obligaciones y que buscan crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y cuya prestación debe estar relacionado en todo o en parte al proceso informático: un hardware, un software, un servicio informático, datos ofrecidos por las computadoras o servicios informáticos múltiples o complejos.

---

[32] La Ley Modelo de la CNDMI sobre firmas electrónicas, en su artículo 2º c), señala que por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (IED), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Para Ernesto Martortell y Jorge Bekerman, el contrato informático «es una expresión que en doctrina denomina tanto a los contratos referidos a bienes y servicios informáticos como a los contratos celebrados entre computadoras».[33]

El contrato informático se asemeja a un contrato clásico, con los tecnicismos propios de esta clase de contratos.

Los primeros contratos informáticos fueron los de hardware,[34] que comprendían aspectos referentes al software y a los servicios debido a que en el inicio de la ciencia informática, los proveedores de equipos de computo ofrecían todo tipo de bienes informáticos, en ese entonces la compatibilidad entre los sistemas informáticos no existía, el software que venía en cada equipo sólo podía correrse en el hardware del fabricante, quien a su vez proporcionaba el servicio técnico y de capacitación.[35]

Los conceptos de compatibilidad y de conectividad, que surgen en los últimos años, se refieren en esencia a la posibilidad de compartir recursos, información y servicios, lo cual ha concluido en la especialización de las empresas en la fabricación de determinados productos, en este sentido hay empresas que contratan exclusivamente hardware y otras el software.[36]

3.2. Objeto del contrato informático

En cuanto a lo que se entiende por objeto de los contratos informáticos, este se refiere a los bienes como el ordenador, la creación desarrollo y utilización de los programas, el sistema de telecomunicación que se emplea, el uso de equipos, los servicios de consulta y de mantenimiento.

Estos contratos dan lugar a una rica tipología negocial en la que pueden distinguirse contratos de compraventa, alquiler, leasing, mantenimiento, servicios y otros.[37]

---

[33] MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, Depalma, 1997, T. III, p. 637.

[34] La palabra inglesa *hardware* se utiliza para designar a todo componente físico utilizado por un sistema de cómputo, y que debe ser entendido como *hardware* informático, ya que en sentido amplio la palabra significa herramienta.

[35] Una descripción más detallada de los contratos que integran cada una de estas categorías, la describe Ribas Xavier, citado por Juan José BLOSSIERS HÜME en *Derecho Informático*, Ed. Portocarrero, Lima, 2003, pp. 349 y ss.

[36] ANGERMÜLLER PÉREZ, Willheim, «El Contrato de compraventa de hardware informático» *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 56 (2) Año 1998, Lima, p. 395.

[37] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Manual de informática y derecho*, Barcelona, 1996, p. 113, citado por Carlos VATTIER F., en *La Contratación Electrónica, Contratación Contemporánea*, Palestra-Themis, Lima-Bogotá, 2001, p. 19.

Brizzio, considera bienes informáticos a los elementos materiales que componen el hardware, su unidad de procesamiento, los periféricos, y todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático. A su vez, se entiende por servicios informáticos a los que sirven de apoyo a la informática: el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema.[38]

El objeto de los contratos informáticos puede recaer sobre el hardware (compra venta, licencia, uso, mantenimiento), software, sobre los servicios informáticos, como: el acceso a internet, el albergue y diseño de la pagina web, la publicidad en internet, la instalación y actualización periódica de antivirus, la certificación de transacciones, la compra venta de base de datos, los contratos informáticos mixtos, como los contrato de distribución de concesión, de outsourcing, de franquicia, de gestión de redes, firma digital, implementación y mantenimiento de internet.

A estos servicios informáticos, debe añadirse los que sirven de apoyo a la informática, tales como el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema, así como la utilización de este medio para fines educativos de capacitación, y de actualización de la información.

En los contratos informáticos es frecuente que los contratos individuales que se celebran tengan entre ellos conexión, así en el caso de un banco que contrata la instalación de una red de cajeros automáticos, para los cual adquiere los equipos a un proveedor, el software a aplicarse a otro proveedor y con un tercer proveedor los servicios de mantenimiento y de capacitación.

Nada impide que los contratos informáticos sean celebrados a través de los medios electrónicos, con lo cual caería dentro del comercio electrónico.

4. DOCUMENTO ELECTRÓNICO

4.1. Creación y soporte

En el documento electrónico también existe un soporte y un conjunto de signos adheridos al soporte. El soporte es un elemento que puede magnetizarse o recoger huellas ópticas susceptibles de determinar, según pase o no un haz de luz, cual es el contenido de la información.

La característica del documento electrónico es que los signos en él plasmado no son susceptibles de entendimiento por el hombre sino después de un complejo proceso de descodificación, inverso al de su creación.

---

[38] BRIZZIO, Claudia R., «Contratos informáticos y contratos por medios informáticos», en *Contratación Contemporánea*, cit., p. 81.

En la creación del documento electrónico interviene el ordenador el que se encarga de procesar y traducir el lenguaje humano, al lenguaje del ordenar según el pase o no de la corriente eléctrica.

El paso del lenguaje humano al lenguaje informático supone en primer lugar, una traducción de todos los signos a números, de tal forma que a cada signo determinado (numérico o alfabético u operación lógica de otro tipo) le es asignado un número determinado[39]. Esto se hace en ocasiones mediante un código denominado ASCII, de base decimal que asigna a cada signo un número. Conviene aclarar también que el ordenado procesa la información por paquetes denominados bytes[40] compuestos a su vez de bits (que son los unos o ceros). Actualmente los procesadores funcionan con bytes de 32 bits[41].

4.2. Documento y firma

La palabra documento lleva a relacionarlo con un documento escrito, el que para determinar su autoría requiere de la firma ológrafa .

Lorenzetti[42] para aclara conceptos distingue entre documento o declaración documentada y documentación, el primero manifiesta es una declaración de voluntad emanada de un autor y destinada a producir efectos jurídicos sobre su esfera de intereses. En cuanto a la documentación que es la forma que adopta esa declaración puede ser: a) «corporal», como se dice en el lenguaje de los códigos, haciendo referencia al mundo de los átomos: cosa en general, papel, cintas magnetofónicas; b) «incorporal» o «material», o electrónica o digital, haciendo referencia al mundo de los bits.

En lo que concierne al documento electrónico se pueden distinguir dos elementos: a) una declaración de voluntad que es incorporada y trasmitida; b) un soporte electrónico, constituido por bits. En la medida en que los soportes tengan un desarrollo tecnológico que permita su inmutabilidad, podrán cumplir cada vez mejor las funciones referidas.

En cuanto a la firma de un documento, esta sirve para determinar a su autor en un documento de soporte papel, la firma es la manual u ológrafa; en el caso de un documento electrónico, la firma será electrónica vinculando el documento a su autor, estas firmas a su vez significan que el documento ha sido aceptado.

---

[39] TEMBOURY REDONDO, Miguel, «La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales», en *Derecho de Internet*, Coordinadores Mateus de Ros y Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 413.

[40] Conjunto de ocho bits utilizado para designar un carácter, letra o número.

[41] Unidad básica de información en un sistema de numeración binaria.

[42] LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, p. 56.

La firma electrónica viene a ser cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor.

4.3. Definición

En lo que se refiere al alcance del documento electrónico, algunos entienden que no sólo es el que se encuentra en un soporte informático, sino también el que tiene como base un soporte electromagnético, lo que abarcaría aquellos que se encuentran en un soporte óptico y auditivo, o en general en aquellos que en cualquier forma haya intervenido la electrónica en su elaboración.

Otros descartan como documento electrónico, el documento óptico y auditivo, salvo que se encuentren en formato electrónico.

Por otra parte, hay quienes optan por considerar el documento electrónico en un sentido estricto y un sentido amplio.

En sentido estricto, entienden al documento electrónico como «una representación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes magnéticos, como un disquete, un Cd-Rom, una tarjeta inteligente u otro, y que consisten en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre».[43]

En cambio, en su sentido amplio son los «documentos informáticos, caracterizados por la posibilidad de ser percibibles y legibles directamente por el hombre sin necesidad de la intervención de máquinas traductoras», éste sería el caso de la boleta que emite un cajero automático o un correo electrónico impreso.[44]

Los documentos electrónicos, de acuerdo con la definición de la ley chilena Nº 19.799 de 12 de abril del 2002, son «toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior».

El documento electrónico no debe ser confundido con la firma electrónica, ni con un documento firmado electrónicamente. Para entender estas diferencias, basta con aplicar la misma distinción del mundo tradicional, una cosa es un documento, otra su firma, y una tercera cosa es un documento firmado.[45]

---

[43] HERRERA BRAVO, Rodolfo, *Derecho Informático*, Ed. La Ley, Santiago de Chile, 1999, p. 31, citado por Angelica PAZ CATALÁN e Ignacio PARRA, «Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos», en *Comercio Electrónico*, T. 3, Ara-Themis, Lima-Bogotá, 2003, p. 620.

[44] HERRERA B., Rodolfo, *ob. cit.*, p. 33.

[45] FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, «Ley Chilena sobre documentos electrónicos y firma electrónica», Trabajo presentado en la XXXVIII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, julio 2002, pp. 5 y ss.

Así, un documento tradicional es un cheque, un certificado, un contrato, una escritura pública. Un documento electrónico es un e-mail, el adjunto del e-mail, que puede ser una imagen, un contrato, un formulario, un logotipo, una carta comercial, etc.

La firma será el nombre y apellido puesto por mano (o los signos que lo representen), que otorga validez u obliga al firmante a lo que el documento dice.

En consecuencia, el documento electrónico firmado electrónicamente será la combinación de un documento creado, enviado o comunicado por medios electrónicos que lleva además una firma electrónica para reconocer su origen.

4.4. Garantía de autoridad e integridad del documento electrónico

Las características del documento electrónico se traducen en las garantías que el documento electrónico otorga, en particular en la confirmación de la autoría e integridad del mensaje.

Entre estas garantías se encuentran: la autenticación, la identificación, la integridad, la confiabilidad, la confidencialidad, la revocabilidad, la transmisibilidad y la negociabilidad.

En el soporte papel se encuentran garantías similares, pero con los sistemas de seguridad con que operan las transferencias electrónicas de datos algunas de ellas se cumplen de mejor forma en un documento electrónico.

En el documento electrónico, lo relevante es la autenticidad del documento más que la originalidad del mismo, a diferencia del documento escrito donde lo importante se refiere al original y a la copia que a través de la comparación del primero con el segundo, se obtiene indicio de su posible falsificación.

En lo que se refiere a la garantía de la autenticidad del documento electrónico, habrá que tener en consideración la autenticidad respecto a que el documento presentado sea efectivamente el elaborado por la o las partes y el que el mismo no sea alterado teniendo en consideración que este se transmite por una red que en principio es de acceso público.

En lo que concierne a la identificación, o no repudio consiste en que el documento electrónico puede ser referido nuevamente a quien originó el documento, se obtiene para el receptor una prueba irrefutable del origen del documento, no pudiendo por ello ser negado por el originador.

La integridad de datos esta garantizada por procedimientos que permite conocer si no ha habido variación de los términos del mismo, entre los que se encuentra el procedimiento ***hash***.

En cuanto a la confidencialidad, esta equivale a la seguridad que el contendido de la comunicación no será accesible a ningún tercero.

4.5. Valor probatorio del documento electrónico

Se equipara la función de la firma manuscrita en el documento sobre el papel, a la función de la firma electrónica en el documento electrónico.

La Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado «criterio del equivalente funcional», basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico.

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del «equivalente funcional», se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida.

El documento es el medio de prueba por antonomasia de la existencia de derechos y obligaciones. Aunque la expresión de la voluntad requiere de certeza y en este sentido se requiere la firma, con los elementos identificatorios para determinar a quien corresponde dicha firma.

En lo que respecta al valor probatorio del documento electrónico, en principio el documento debe de ser aceptado por el juez, dependerá para determinar la fuerza de su valor la evaluación que se haga de la seguridad del documento. En este sentido el documento será seguro en cuanto haya sido firmado digitalmente, según los procedimientos establecidos en la ley. De carecer de dicha firma habrá que valorar la fuerza probatoria de los actos jurídicos, señala Lorenzetti[46] teniendo presente ciertos elementos, como la fiabilidad de la forma en que se haya generado, archivado y comunicado, conservando la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor relevante.

El Código Procesal Civil del Perú, considera en su artículo 234º (modificado por la Ley Nº 26612), como medios probatorios a la microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, a la telemática en general y demás objeto que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

---

[46] LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, p. 67.

4.6. Seguridad

La seguridad del documento electrónico plantea para el usuario que los datos que trasmite no sean usurpados y que se le suplante.

La usurpación se da cuando alguien se introduce en la comunicación o intercepta la comunicación y hace un uso indebido de los datos que puede obtener, tal como podría ocurrir en la intercepción telefónica, como sería conocer el número de la tarjeta de crédito y operar con ella ilegalmente.

Para solucionar este problema existe la técnica de cifrar mediante una clave los mensajes que se transmiten por la red. De esta manera quien no tenga la clave no podrá conocer el contenido de los mensajes, aun cuando acceda a la información que pasa por Internet.

La suplantación electrónica de identidades, vendría a ser una consecuencia de la usurpación al conocerse el número de la tarjeta de crédito se suplanta al titular y opera con ella ilegalmente. A fin de solucionar la suplantación electrónica de identidades se utiliza el sistema de la firma digital, la que esta basada en la criptografía.[47]

La utilización de la criptología permite la seguridad de las transacciones en el comercio electrónico, garantizando, la confiabilidad de la información en forma tal que la información transferida sólo será conocida por las partes intervinientes, se reguarda la integridad de la transacción, si es alterada por terceros, se conocerá la alteración.

4.7. Microformas

La microforma constituye un documento electrónico, y se le define como la imagen reducida y condensada, o compactado, o digitalizada de un documento, que se encuentra grabado en un medio físico técnicamente idóneo, que le sirve de soporte material portador, mediante un proceso fotoquímico, informático, electrónico, electro-magnético, o que emplee alguna tecnología de efectos equivalentes, de modo que tal imagen se conserve y pueda ser vista y leída con la ayuda de equipos visores o métodos análogos; y pueda ser reproducida en copias impresas, esencialmente iguales al documento original.

Están incluidos en el concepto de microforma tanto los documentos producidos por procedimientos informáticos o telemáticos en computadoras o medios similares como los producidos por procedimientos técnicos de microfilmación.

En el Perú, la legislación sobre esta materia establece el derecho a convertir el papel en documentos electrónicos, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 681 de 14 de octubre de 1991, y su modificatoria la Ley Nº 26612 publicada el 21 de mayo de 1996. Si se siguen los pasos estipulados en la ley, esta conversión podrá darse sin que los documento pierdan sus efectos legales ni su mérito proba-

[47] Ver acápite 5.4.

torio como instrumento jurídico, con excepción de los documentos de valor histórico y nacional, los originales puedan ser destruidos, cumpliendo cierta temporalidad reglamentada.

Para garantizar la seguridad jurídica de los documentos electrónicos, el legislador concibió la figura de dos personas que mediante la fe pública otorgarían certeza al contenido de la microforma. El primero de ellos el notario público y el segundo el denominado «Fedatario Juramentado», que según el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 681, puede tener la calidad de funcionario público o particular.

No obstante, el reglamento de dicho Decreto Legislativo, el Decreto Supremo Nº 009-92-JUS, estimó en su artículo 4º que los Fedatarios Públicos Juramentados serian «aquellos que actúan adscritos a una notaría pública, o que ejercen en las empresas que ofrecen sus servicios al público». «Mientras que el término Fedatario Particular Juramentado correspondería a los que ofrecen sus servicios profesionales a una o más de las empresas que organizan sus propios archivos».

El primer paso para proceder a la conversión de documentos, es acudir al fedatario público autorizado, el que ha obtenido un certificado técnico para desempeñarse como tal, quien dirigirá el proceso de grabación de los documentos en formato electrónico, responsabilizándose por él.

El fedatario público debe dejar constancia del inicio y fin del proceso en actas que serán grabadas en el mismo soporte informático de los documentos electrónicos. El nuevo soporte electrónico de los documentos (un CD, un disco magneto-óptico, un disco duro u otros) debe garantizar: a) Absoluta fidelidad e integridad respecto a los originales; b) Cualidades de durabilidad, inalterabilidad y fijeza superiores o al menos similares a los documentos originales; y, c) Que a partir de él pueda recuperarse en papel u otro material similar, copias fieles y exactas del documento original.

Cumplidos estos requisitos, la norma garantiza que «los medios portadores de las microformas, obtenidos con arreglo a lo dispuesto en esta ley, sustituyen a los expedientes y documentos originales micrograbados en ellos para todos los efectos legales», incluyendo la calidad de prueba judicial e incluso los libros contables y otros originales con repercusión tributaria.

Cabe mencionar que para realizar su labor, tanto el Fedatario juramentado como el notario público, requieren previamente la obtención de un diploma de idoneidad técnica, luego de un proceso de capacitación.

En consecuencia señala Núñez Ponce[48] los documentos grabados contenidos en las microformas que en su proceso de micrograbación ha cumplido los requisi-

[48] NÚÑEZ PONCE, Julio, «La Contratación Electrónica», en *Contratos, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Modelos*, Hugo Huayanay (compilador), Ed. Rao, Lima, 2002, p. 451.

tos indicados, conforme a los artículos 9°, 10°, 11°, 13° del Decreto Legislativo N° 681, tienen los siguientes efectos legales y valor probatorio:

i) Pueden ser utilizados en procesos judiciales o fuera de ellos. En el caso de utilizarse firmas digitales, deberá ser comprobable su autenticidad en forma indubitable. Una forma de comprobación podría ser la autenticación o certificación del fedatario juramentado o del notario al momento de su emisión. Lo que daría mayor certeza al juez al evaluar esta prueba.

ii) Las copias autenticadas de las microformas de instrumentos privados son idóneas para el reconocimiento judicial de su contenido y firma, con los mismos procedimientos y alcances que los documentos originales. Lo que implica, que las firmas digitales pueden ser reconocidas en un proceso judicial.

iii) Las copias autenticadas no sustituyen a los títulos valores originales para el efecto de despachar ejecución o de exigir la prestación incorporada en el título. En caso de pérdida, extravío, deterioro o destrucción del original, una vez cumplidos los trámites legales para la expedición del duplicado, el juez toma en cuenta la copia autenticada de la microforma del título, para establecer el contenido del duplicado que se expida.

La modificatoria del Decreto Legislativo N° 681 introducida por Ley No 26612, incluye dentro de la denominación microforma también a aquellos documentos creados directamente sobre las «memorias», sin necesidad de que estos hayan sido constituidos previamente en papel.

Los microarchivos y los documentos contenidos en ellos son válidos para cualquier revisión de orden contable o tributario, así como para exámenes y auditorias, públicas o privadas. Pueden ser exhibidos ante los inspectores, revisores, auditores y autoridades competentes, directamente mediante su presentación en pantalla o aparatos visores, sin requerirse copia en papel, salvo que tengan que ser presentados los documentos en algún expediente o en caso similar.

Asimismo la Ley 26612 añade al artículo 13 del Decreto Legislativo 681, que las microformas, los microduplicados y los documentos contenidos en ellos pueden ser utilizados en la transferencia electrónica de fondos, en la transferencia electrónica de datos informatizados (IED) y otros servicios de valor añadido, conservando para todos sus efectos legales su valor probatorio.

En cuanto a la falsificación y la adulteración de microformas, microduplicados y microcopias, sea durante el proceso de grabación o en cualquier otro momento, el artículo 19º del Decreto Legislativo Nº 681, lo considera como delito contra la fe pública, conforme a las normas pertinentes del Código Penal.[49]

[49] Código Penal: Artículos 427º al 433º.

Núñez[50] considera que la contratación electrónica y la utilización de la firma digital en el Perú, deberá enmarcarse en el sistema de microformas que busca asegurar la inalterabilidad, fijeza, durabilidad de los documentos informáticos que se utiliza en la transferencia electrónica de fondos, transferencia electrónica de fondos, y transferencia electrónica de datos informatizados (IED), servicios de valor añadido (incluso Internet). Lo que implica el cumplimiento de los requisitos técnicos y de los requisitos formales (que los procesos de micrograbación sean autenticados por fedatarios juramentado con especialización en informática o por notarios).

Proponiendo que las funciones del fedatario además de autenticar los procesos de micrograbación deberían tener la función de actuar como autoridades certificadoras de firmas digitales a utilizarse en el comercio electrónico en general y en Internet específicamente.

5. FIRMA ELECTRÓNICA

El uso de la firma electrónica no se circunscribe al ámbito estrictamente mercantil, en el Perú la Ley Nº 27869 –Ley de firmas y certificados digitales– en su artículo segundo contempla una redacción que abarca como ámbito de aplicación cualquier supuesto en que se utilice firmas electrónicas.

Una de las condiciones para que la Internet se convierta en un medio seguro para su utilización es la firma electrónica,[51] además de la confidencialidad, y la integridad.

5.1. Definición

En el comercio electrónico a efecto de garantizar la autenticidad y veracidad del documento existe la firma electrónica.

En sentido general se entiende por firma, el nombre y apellido, o título, de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito a mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice.[52]

Diversas legislaciones definen lo que se entiende por firma electrónica así, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas[53], considera que por firma electrónica se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un

---

[50] NÚÑEZ PONCE, Julio, *ob. cit.*, p. 456.

[51] PUIGCERVER ASOR, Carlos, *ob. cit.*, p. 136.

[52] Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena Edición, 1970, p. 621.

[53] La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas fue aprobada el 5 de julio de 2001 en el 34º período de sesiones: Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones. Suplemento Nº 17, A/56/17, Anexo II.

mensaje de datos[54], o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos.

La Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece un marco comunitario para la firma electrónica, la define como los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de comunicación.

En España la Ley 59/2003 de 19 de diciembre del 2003, –Ley de firma electrónica– la define como el conjunto de datos, en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

La Electronic Signature in Global and National Commerce (1999), define la locución *electronic signature,* como la información o datos en forma electrónica, vinculados o asociados en forma lógica con un registro electrónico, y adoptados por una persona o un agente electrónico de una persona, con la intención de firmar un contrato o documento.

Para la Electronic Signature Record Act (Nueva York, 1999) la firma electrónica es un medio electrónico de identificación, que incluye la firma digital, la cual es única para la persona que la usa, susceptible de verificación, sujeta al único control de la persona que la utiliza, asociada con datos que garantizan su autenticidad y su integridad y es usada por su titular para que tenga la misma fuerza que la firma mano.

La legislación peruana –Ley Nº 27269– define a la firma electrónica como cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizados o adoptados por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

Por otra parte la Legislación chilena Ley Nº 19.799 define a la firma electrónica como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor.

5.2. Firma electrónica avanzada o firma digital

Existen distintas clases de firmas electrónicas, con distintos niveles de seguridad, algunas legislaciones distinguen entre firma electrónica y firma electrónica avanzada o segura, esta última contiene algún elemento adicional que permite verificar su autenticidad.

En cuanto a la firma electrónica Lorenzetti[55] nos dice que las especie de la firma electrónica en general se caracterizan por agregar elementos de seguridad

---

[54] Ver cita Nº 26.

[55] LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, p. 78.

que esta no posee, así dentro de la especie se encuentran la firma electrónica avanzada o firma digital que utiliza un sistema generalmente criptográfico que da seguridad. La utilización de la firma digital establece una presunción *juris tantum* sobre la identidad del firmante y la identidad del documento que suscribe.

En los trabajos preparatorios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas el concepto de firma electrónica refrendada que se recoge en el documento A/ CN.9/WG.IV/WP.84, parte del concepto general de firma electrónica para luego definir una especial clase de firma electrónica, llamada «refrendada», «cualificada» o «segura» (en inglés, *enhanced).* Tal planteamiento respondía a la demanda que parecía existir entre los operadores en el mercado. Dada la variedad en la gama de «productos» existentes, se demandaba unos especiales o de mayores efectos jurídicos para aquellas firmas electrónicas que estuviesen dotadas de mayores niveles de seguridad. La Unión Europea, y, por ende, España, siguieron ese planteamiento en sus normas reguladoras de la firma electrónica. Así, tanto la Directiva 1999/93/CE como el Real Decreto-Ley 14/1999[56] contienen una definición de una firma electrónica especialmente segura, que se ha dado en llamar «avanzada».

La Directiva Europea de 13 de mayo de 1998, definen a la firma electrónica avanzada como «la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculado únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de estos.»

En cuanto a la legislación española actualmente vigente en materia de firmas electrónicas, Ley Nº 59/2003, define a la firma electrónica avanzada como la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculado al firmante de manera única y a los datos a lo que se refiere y que han sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

Por otra parte considera a la firma electrónica reconocida, que viene a ser la firma electrónica avanzada, la basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Lo importante es que para la mencionada legislación la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignado en forma electrónica el mismo valor de la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

Las diferentes legislaciones definen que se entiende por firma electrónica avanzada, así la Ley 19.799 de Chile, considera también a la firma electrónica avanzada definiéndola como: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de

[56] Derogada por la Ley Nº 59/2003 de 19 de diciembre de 2003 (BOE núm. 304).

manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

5.3. Característica de la firma electrónica avanzada

La firma electrónica avanzada o digital es una especie de la firma electrónica. Al igual que la firma electrónica, es un método basado en medios electrónicos para la identificación y vinculación de una persona. La característica de la firma electrónica avanzada o digital es el método que se emplea para su creación: la criptografía asimétrica. Esta característica adicional es lo que dota a la firma digital de los atributos de identificación y autenticación. En conclusión, entre estos tipos de firma hay una relación de género (firma electrónica) a especie (firma digital).[57]

Las firmas electrónicas o digitales consisten básicamente en la aplicación de algoritmos de encriptación a los datos, de esta forma, sólo serán reconocibles por el destinatario, el cual además podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, la autoría y autentificación, preservando al mismo tiempo la confidencialidad.[58]

La firma digital es el resultado del proceso de aplicación de un método de encriptación, llamado asimétrico, o de clave pública, que tiene por objeto comprobar la identidad del remitente de un mensaje, la integridad del mensaje, la autoría y, por último, la autentificación.

Entre las definiciones de firma electrónica avanzada que mencionan como su característica distintiva a la encriptación se pueden citar a las legislaciones, argentina,[59] colombiana,[60] peruana,[61] entre otras.

---

[57] TORRES ALVAREZ, Hernán, *El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, p. 78.

[58] CUERVO, José, «La firma digital y las entidades de certificación», en http://www.informatica-juridica.com/trabajos. asp.

[59] Para la legislación argentina, Ley 25.506, la firma digital es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permite identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

[60] La legislación colombiana, Ley 527 de 1999, considera a la firma digital como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

[61] La legislación peruana, Ley Nº 27269, define a la firma digital como «aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de

5.4. La criptografía

La criptografía es el arte de la escritura secreta, proviene la palabra de *kriptos*, «ocultar»', y «*graphos*, «escritura». Es una técnica que consiste en cifrar (ocultar) y descifrar (revelar) mensajes, transforma un mensaje inteligible (el texto en claro) en otro que solo puedan entender las personas autorizadas (el criptograma o texto cifrado).[62] En este sentido el significado original de la criptografía sería la «ciencia de lo oculto».

La criptografía también puede ser definida como la ciencia de usar la matemática para encriptar y desencriptar información, de manera tal que sólo el destinatario pueda leerla. Algunas de las utilidades que presenta la criptografía es la creación de firmas electrónicas, la autenticación de mensajes electrónicos y la verificación de la integridad de los mensajes enviados.

La criptografía a decir de Hance es «una técnica basada en un algoritmo matemático que transforma un mensaje legible a su equivalente en un formato ilegible para cualquier usuario que no cuente con la clave secreta para desencriptarlo»[63].

El cifrado del mensaje, señala Rico[64] tiene por finalidad proteger la información en él contenida, pues solamente las personas que posean las claves correspondientes pueden tener acceso a la información.

El sistema de cifrado de mensajes mediante el uso de claves, es una de las aplicaciones más importantes para proveer seguridad en el comercio electrónico ya que el usuario por medio de sus correspondientes claves puede ejecutar, desde cualquier lugar, una función para obtener seguridad en su transacción.

La criptografía ha existido desde hace miles de años, se utilizó en Esparta para transferencia de mensajes secretos; Julio Cesar invento un sistema de criptografía mediante desplazamiento de las letras en el alfabeto, cuanto más complejo sea el sistema criptográfico empleado será más difícil descifrar el mensaje ocultado.

En los últimos tiempos el desarrollo del comercio electrónico ha dado un nuevo impulso a la criptografía, al requerirse seguridad y certeza en la transmisión de los mensajes a través de las redes abiertas, cumpliendo funciones con la creación de la firma electrónica, la autenticación de los mensajes electrónicos y la verificación de los mensajes remitidos.

---

claves único; asociadas una clave privada y una clave publica relacionadas matemáticamente entre si, de tal forma que las personas que conocen la clave publica no puedan derivar de ella la clave privada».

[62] TORRES ALVAREZ, Hernán, *ob. cit.*, p. 90.

[63] HANCE, Oliver, *Leyes y negocios en Internet*, México, McGraw-Hill, 1996, p. 180.

[64] RICO CARRILLO, Mariliana, *ob. cit.*, p. 161.

Las técnicas de protección utilizadas pueden ser simétricas si se utilizan la misma clave para encriptar y desencriptar el mensaje o asimétricas, en la que se utiliza un par de claves, una pública y otra privada.

La criptografía ha dado lugar a la creación de criptosistemas[65], que consiste en un sistema de cifrados, y así como al criptoanálisis que es el arte de descifrarlos. El término genérico de criptografía comprende tanto el estudio científico de la criptografía como el de criptoanálisis. Todo criptosistema esta basado en algún algoritmo y en algún valor variable llamado clave, estas consisten en una serie de señales electrónicas guardadas en las unidades del disco de las computadoras personales, o trasmitidas como datos a través de las líneas telefónicas siguiendo lo especificado en los estándares de la industria.

Mediante la encriptación los signos de un mensaje se transforma a otros sistema de signos cuya lectura no tiene ningún sentido para el tercero que lo intercepta, para tal efecto se utiliza una clave. Un ejemplo sencillo de una clave es aquélla que reemplaza cada letra con la letra del alfabeto que le sigue, así la palabra JOSE se convierte en KPTF, quien conoce la clave podrá descifrar la palabra.

Para efecto de dar seguridad al descifrado de la clave por parte de a quien corresponde hacerlo existe la denominada clave pública, cada participante crea dos claves o «llaves» únicas. Así la persona dispone de su propia «clave pública» que publica en un tipo de directorio en la que el público tiene acceso, además dispone de una clave o llave privada que mantiene en secreto. Las dos claves funcionan conjuntamente, cualquier tipo de información que una de las claves cierre, solo podrá abrirse con la otra, así si se trata de enviar un mensaje se busca la clave pública que pertenece a la persona a que se enviara el mensaje, utilizándose para la encriptación del texto.

Quien recibe el mensaje, utiliza su clave privada para revertir la inscripción del mensaje en la pantalla de su computadora en la que aparecerá el mensaje en forma de texto normal y corriente, en el caso que un tercero intercepte el mensaje no podrá descífralo al no conocer la clave privada.

A partir del desarrollo de la informática, la criptografía tomó una nueva dimensión, desarrollando distintos sistemas. Éstos pueden clasificarse en simétricos y asimétricos. La variante asimétrica es la que permitió el desarrollo de la firma digital.

El sistema funciona a partir de una encriptación asimétrica que requiere un código para el cifrado (clave pública) y otro para el descifrado (clave privada). Estas claves son proporcionadas por las autoridades de certificación.

---

[65] El criptosistema fue formulado en 1978 por Rivest, Shamir y Adleman, las siglas del criptosistema corresponden a las iniciales de sus autores.

Los sistemas de clave única o simétrica han sido tradicionalmente lo más utilizados. Una única clave es utilizada tanto para encriptar como para desencriptar un mensaje. El sistema de clave simétrica se utiliza para cifrar los PIN (Personal Identification Member) de los cajeros automáticos.

En la encriptación asimétrica, los sistemas de claves públicas, son llamados públicos porque utilizan una doble clave o clave asimétrica, utilizan una clave para encriptar y otra para desencriptar un mensaje. La clave pública se basa en una técnica conocida como descomposición factorial. Este sistema de doble clave está en la base del sistema de encriptación de clave pública o asimétrica cuyo algoritmo comercial más conocido es el criptosistema propiedad de la empresa.

Así cada uno de los operadores tiene dos claves, una privada que sólo él conoce y una pública que conocen o pueden conocer todos los intervinientes en el tráfico. Cuando el operador A quiere enviar un mensaje electrónico aplica al mismo su clave privada y el mensaje así cifrado se envía a B, que al recibir el mensaje le aplica la clave pública de A para obtener el mensaje descifrado. Por ello se denomina al criptosistema asimétrico, ya que para cifrar y descifrar los mensajes se utilizan dos claves distintas.

Cuando B aplica al mensaje cifrado la clave pública de A sólo puede obtener un mensaje inteligible si se ha cifrado con la clave privada de A. Además, un tercero no puede eficazmente alterar el mensaje cifrado enviado por A, ya que si se introduce en la red y lo altera cuando B aplique al mismo la clave pública de A el mensaje será ininteligible, y por lo mismo una vez recibido el mensaje cifrado por B, éste no puede alterarlo.

Sin embargo puede ocurrir que un tercero, por alguna comunicación anterior, hubiera engañado a una de las partes, por ejemplo, al emisor, y obtenido la clave pública del receptor, podía hacerse pasar por éste y en un posterior mensaje del emisor al receptor utilizar tal clave a beneficio propio. Para cubrir ese riesgo, es que el sistema considera la denominada «Tercera parte de confianza» («Thrusted Third Parties»), que confirmar que la clave pública pertenece a la persona que la tiene asignada y afirma ser quien es, estos se le denomina Proveedores-Prestadores de Servicios de Certificación o Autoridades de Certificación.

5.5. Funcionamiento de la firma electrónica

Teniendo en cuenta la facilidad para la creación y modificación del documento electrónico, informático, es necesario la aplicación de procedimientos técnicos y un marco jurídico a efecto que la comunicación realizada a través de los medios electrónicos, proporcione la misma certeza como si el negocio se hubiera realizado en un documento con un soporte papel.

Así se señala[66] que dos empresarios o un empresario y un consumidor que se relacionan comercialmente a través de un sistema de redes informáticas y telemáticas puedan probar la existencia de la operación que realizan y su contenido implica que ambos puedan probar en relación con todos y cada uno de los mensajes que se hayan intercambiado:

(i) Que el emisor emitió el mensaje.

(ii) Que lo emitió con determinado contenido.

(iii) Que el receptor lo recibió.

(iv) Que lo recibió en los términos emitidos por el emisor de forma tal que ningún tercero lo ha alterado.

El procedimiento de creación de firma digital, lo describe Plaza Penades,[67] y consiste en extraer un «resumen» (o *hash*, en inglés) del mensaje, cifrar este mensaje con la clave privada del remitente y añadir el resumen cifrado al final del mensaje (como firma del documento). A continuación el mensaje o documento junto con la firma (el resumen cifrado o *hash*) se envían cifrados. El algoritmo que se utiliza para obtener el resumen del mensaje debe cumplir la propiedad de que cualquier modificación del mensaje o documento original, por pequeña que sea, da lugar a un resumen diferente.

De esta manera cuando el documento llega al destinatario, este descifra tanto el documento en sí, como el documento que contiene la firma o *hash*. Para ello, hace dos operaciones: por un lado averigua la clave pública del remitente y descifra con ella el resumen o *hash* que calculo y cifro el remitente. Por otro lado, el destinatario comprueba el resumen del mensaje recibido, repitiendo el procedimiento que utilizó el remitente. Si los dos resúmenes (el del remitente descifrado y el comprobado ahora por el destinatario coinciden, la firma se considera válida y el destinatario puede estar seguro de la integridad del mensaje pues si el mensaje hubiera sido alterado a su paso por la red, el resumen comprobado por el destinatario no coincidiría con el original del remitente.

Las dos claves para encriptar y desencriptar están matemáticamente relacionadas, el usuario que recibe la clave, o cualquier otro, no podrá desencriptar el mensaje con la clave pública pues necesita la privada.

Mediante la intervención de una autoridad certificadora se consigue evitar suplantaciones del emisor del mensaje cifrado, ya que, la función de la autoridad

---

[66] ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, «La firma electrónica», en *Derecho de Internet*, Aranzandi, Pamplona, 2001, p. 181.

[67] PLAZA PENADÉS, Javier, «La firma electrónica y su regulación en el Derecho Español», en *Comercio electrónico*, Tomo 3, Dirección: Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coahuila, Ara-Temis, Lima, Bogotá, 2003, p. 583.

certificadora consiste en acreditar fehacientemente cual es la clave pública de los intervinientes que estará recogida en un certificado reconocido.

5.6. Métodos de autenticación de la firma electrónica

Entre los métodos existentes para la autenticación de las firmas electrónicas, la más usada es la firma electrónica con encriptación asimétrica, como se ha mencionado en el numeral 5.4, que utiliza el sistema de claves públicas y privadas, entre los otros métodos de autenticación se pueden señalar a las tecnologías de bases biométricas, que mediante *scaneo* de la huella digital o del iris del ojo, o de la digitalizando la voz, las que en un futuro podrían ser las tecnologías utilizadas en la identificación electrónica, sustituyendo a la firma digital.

Por otra parte algunos tipos de firmas electrónicas como la firma digital, no sólo identifica al autor del documento sino que garantizan que los documentos firmados que se envían a través de redes de comunicación no han podido ser modificados por terceros, asegurando la confiabilidad de los mismos.

La firma del propio sujeto escaneada e incorporada a un documento electrónico es una firma electrónica, pero no ofrece ninguna seguridad o confiabilidad sobre la identidad e integridad del texto.

Para darle seguridad a la firma electrónica, como se ha expuesto, se requiere que la misma sea materia de certificación por un tercero quien viene a ser la Autoridad de Certificación, que se le conoce también con los nombres de Entidades de Certificación, o Tercera Parte de Confianza.[68]

El certificado contiene los documentos necesarios para realizar la encriptación del documento, como es una clave pública, que se utiliza para que el remitente cifre tanto el documento como la firma que se adhiere al documento electrónico, de tal forma que estos sólo pueden ser descifrados o descriptados por el destinatario.

5.7. Validez de la firma electrónica

En general se otorga a la firma electrónica la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

Según el principio de la equivalencia funcional, los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel.

Es importante señalar que el valor probatorio del documento electrónico, asi como su apreciación dependerá de las seguridades que contenga la firma electró-

[68] Ver acápite 5.8.

nica, así las legislaciones, consideran la firma electrónica avanzada, reconocida, firmas generadas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica,[69] que generan convicción que el mensaje o mensaje de datos fue enviado o firmado por su titular, de manera tal que identifica o vincula al firmante, y garantiza la autenticidad e integridad del mismo.

En cuanto al valor probatorio del documento electrónico, vinculado a la certeza de la firma electrónica, sobre este punto nos hemos referido en el acápite 4.5 de este trabajo.

5.8. Certificado digital y las entidades certificadoras

El certificado digital es el elemento objetivo de la función de certificación. Los certificados digitales son registros electrónicos que atestiguan que una clave pública pertenece a una determinada persona o entidad. Los certificados intentan evitar que alguien utilice una clave falsa haciéndose pasar por otro.[70]

Un certificado digital reconocido debe cumplir con dos requisitos:

a) Ser expedido por una entidad de servicios de certificación, que cumple a su vez determinados requisitos; y,

b) Tener determinado contenido que consiste en la identificación del signatario, los datos de verificación de la firma (la clave pública), el comienzo y fin de la validez del certificado, así según el caso los límites de usos y el valor de las transacciones que se puede realizar.

La seguridad del certificado esta dada en que no pueden falsificarse en razón que van firmados por la entidad certificadora, si se modifica algún dato no corresponderá con el resumen que se obtendría de los datos modificados.

Según el artículo 7º de la Ley Nº 27269 establece el contenido mínimo de los certificados.[71]

---

[69] Decreto Supremo Nº 019-2002-JUS, aprueba el Reglamento de la Ley de Firmas y Cerificados Digitales –Ley Nº 27269–.

[70] RAMOS SUÁREZ, Fernando, «Como aplicar la nueva normatividad sobre firma electrónica», en: http://www.vlex.com.

[71] Ley 27269: Artículo 7º.- Contenido del certificado digital:

Los certificados digitales emitidos por las entidades de certificación deben contener al menos:

1. Datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor.

2. Datos que identifiquen a la Entidad de Certificación.

3. La clave pública.

4. La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos.

Los certificados digitales son emitidos por las denominadas entidades cert cadoras, las que para actuar como tal deben cumplir con ciertos requisitos

La realidad de los servicios de certificación, apunta hacia la necesidad de existencia de un tercero de confianza en toda firma electrónica de una mínir calidad,[72] la que viene motivada por dos hechos:

1. Las partes no están presentes y actúan en una red abierta sin conocers previamente.
2. Interviene un tercero suficientemente acreditado que identifica al firmar te y ofrece fiabilidad suficiente para quien confía en su servicio de certif cación. De esta forma se confiere seguridad jurídica en las comunicacic nes por medios electrónicos y telemáticos.

Tratándose de redes abiertas como es el caso de internet, no es posible ga rantizar la identidad de los participantes, así como la confidencialidad de la infor mación, pudiendo terceros interceptarla y sustituirlas, a fin de dar la seguridac necesaria y la confiabilidad en la red, surgen la Entidades de Certificación Electró nica constituyéndose en esa tercera parte confiable.

Esta tercera parte confiable recibe también el nombre de Autoridad de Certi ficación y que es la que emite los certificados con su clave privada, la firma de la Autoridad de Certificación garantiza la validez de los mismos.

Las entidades de certificación son persona jurídica que presta indistintamente servicios de producción, emisión, gestión, cancelación u otros servicios inherentes a la certificación digital. Asimismo, pueden asumir las funciones de registro o verificación,[73] las que comprenden el levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de un certificado digital, la identificación y autenticación del suscriptor de la firma digital, la aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

De no encontrarse la entidad de certificación domiciliada en el país se le considera como entidad de certificación extranjera, conforme a la legislación sobre la materia. En lo que concierne al reconocimiento de los certificados emitidos por entidades extranjeras o certificación transfonteriza, se considera que se estará a lo que dispongan los acuerdos internacionales o en su defecto a la reciprocidad.

---

5. Número de serie del certificado.

6. Vigencia del certificado.

7. Firma digital de la Entidad de Certificación.

[72] MADRID PARRA, Agustín, «Tramitación y contenido de la Ley Modelo de la CNUDMI/ Uncitral sobre firmas electrónicas», en *El contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 47.

[73] Ley Nº 27269. Artículo 12º.

Nuestra legislación reconoce la validez y eficacia jurídica de los certificados de firmas digitales emitidos por entidades extranjeras, siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por la autoridad administrativa competente, según lo dispuesto en la Ley Nº 27310 (modifica el artículo 11º de la Ley Nº 27269).

La entidad administrativa competente encargada de aprobar la política de certificados y las declaraciones de prácticas de certificación, así como acreditar y supervisar entidades de certificación nacionales y reconocer a las entidades de certificación extranjeras es el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)[74].

Por otra parte los prestadores de esta clase de servicios responden por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona en el ejercicio de su actividad, que puede ocasionarse cuando se incumpla las obligaciones que le impone la ley.

Esta responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre culpa contractual o extra contractual, según proceda correspondiendo al prestador la carga de probar que actuó con la diligencia profesional.

En este sentido la legislación chilena considera que los prestadores de servicios de certificación serán responsables de los daños y perjuicios que en el ejercicio de su actividad ocasionen por la certificación u homologación de certificados de firmas electrónicas, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia, sin embargo los prestadores no serán responsables de los daños que tengan su origen en el uso indebido o fraudulento de un certificado de firma electrónica.

Por su parte la legislación argentina –Ley 25.506–, considera la responsabilidad de los certificadores licenciados ante terceros por los daños y perjuicios que provoque por los incumplimientos a las previsiones de ésta, por los errores u omisiones que presenten los certificados digitales que expida, por no revocarlos, en legal tiempo y forma cuando así correspondiere y por las consecuencias imputables a la inobservancia de procedimientos de certificación exigibles, correspondiendo al prestador del servicio demostrar que actuó con la debida diligencia.

En España la Ley 59/2003, dispone en su artículo 22.1 que los prestadores del servicios de certificación responderán por los daños y servicios que causen a cualquier persona en el ejercicio de su actividad cuando incumplan las obligaciones que les imponga esta ley.

En el Perú el Decreto Supremo Nº 19-2002-JUS –Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales– dispone que las entidades de certificación deberán contar con el respaldo suficiente para afrontar el riesgo de responsabilidad por daños.

---

[74] Ley Nº 27269, Artículo 15º y Decreto Supremo Nº 019-2002-JUS, Reglamento de la Ley Nº 27269, Artículo 36º.

5.9. Legislación

A diferencia del comercio electrónico, numerosos países han legislado sobre la firma electrónica.

En lo que se refiere al tratamiento de la firma electrónica y de la contratación electrónico, en el derecho de los Estados Unidos de América, la primera materia ha sido tratada por la «American Bar Association» que publicó en junio de 1990 lo que se conoce con el nombre de «ABA-Model». Este conjunto de reglas de origen privado culmina un estudio sobre cómo se implanta en la práctica el IED y sobre el recurso a los llamados acuerdos de intercambio. El modelo contempla tres ámbitos: el primero, tiene que ver con el cumplimiento de los contratos IED; el segundo, la manera en que se conduce IED; el tercero, los términos y condiciones comerciales aplicables a las transacciones cursadas a través de IED.

Por otra parte un importante número de los Estados de ese país cuenta con una legislación sobre la firma electrónica. Dependiendo del modelo normativo seguido, señala Paz-Ares[75] se puede distinguir entre estados «reguladores» y estados «no reguladores». Entre los primeros se encuentran los que siguen como modelo la Ley de Utah (p.ej., Washington, Georgia), que fue la primera ley aprobada en la materia. Estas normas establecen requisitos rigurosos a la hora de establecer el régimen de las autoridades de certificación, así como fijan los requerimientos tecnológicos para determinar el concepto de firma electrónica (p.ej., que permita una «reliable autentication», –autenticación confiable– que sea posible su verificación, etc). En el extremo opuesto se encuentran California y Arizona, cuyas respectivas regulaciones incorporan un concepto menos exigente desde el punto de vista tecnológico de firma electrónica (p ej., para que una clave sirva como firma electrónica bastará con que sea exclusiva de la persona que la está usando) y que sea «capable of verification» –posible de identificación– bajo el control de la persona que la está usando.

En lo que concierne al ámbito europeo, hay dos directivas de interés en materia de comercio electrónico: la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico de 8 de junio del 2000, y la Directiva 1999/93/CE, sobre un marco comunitario para la firma electrónica. La primera esta destinada a facilitar el desarrollo del comercio electrónico en el ámbito europeo, y la segunda tiene por finalidad establecer las condiciones que permita el reconocimiento legal de las firmas electrónicas en el mercado único.

En el Perú esta materia la norma la Ley N° 27269 (modificada por la Ley N° 27310) Ley de Firmas y Certificados Digitales, reconociendo a la firma electrónica la misma validez que la firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

---

[75] PAZ-ARES, Cándido, *ob. cit.*, pp. 88 y 89.

En este sentido la aplicación de la Ley al referirse a otra análoga, permite la utilización de otras tecnologías, siempre que conlleve manifestación de voluntad.

Por otra parte la Ley N° 27291, que modifico los artículos 141º y 1374º del Código Civil, adiciona el artículo 141º- A, a dicho cuerpo legal, en el sentido que la manifestación de voluntad en su modalidad expresa puede ser a través de medio electrónico u otro análogo.

Un punto importante es la identificación de quien envía el mensaje, a efecto de evitar suplantaciones, en este sentido la Ley Nº 27269 considera que el certificado digital es el documento electrónico que confirma la identidad.

6. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

6.1. Definición

La contratación electrónica se define como el acuerdo de voluntades en que las partes se comprometen a realizar una obligación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa, caracterizado esencialmente por la utilización de medios electrónicos.[76]

Se considera contratos eléctricos aquellos celebrados utilizando los medios informáticos, por la cual se crea, modifica o extingue una obligación a través del computador o cualquier otro medio electrónico de comunicación.

Para Carlos Vattier,[77] los contratos electrónicos son aquellos contratos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos y pueden ser de dos clases según se entienda estos medios en sentido amplio o en sentido estricto. Considera que los contratos electrónicos en un sentido amplio, son todos aquellos que se celebran por medios electrónicos, o telemáticos. En sentido estricto, son los que se celebran mediante el llamado «diálogo de ordenadores», el cual discurre entre el ordenador del emisor y el ordenador del receptor, a través de una red telemática binaria e interactiva de operadores intermedios, siendo la expresión mas lograda la red de internet.

6.2. Nacimiento de la relación entre las partes. Oferta y aceptación

La oferta es la manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual se propone la celebración de un contrato a una o más partes.

Como lo explica la doctrina, el consentimiento ofrece dos lados o caras: uno interno, representado por la voluntad de cada una de las partes y que deben con-

---

[76] PÉREZ T. MELBA, Rocío, «Aspectos Generales de la contratación por medios electrónicos», en *El contrato por medios electrónico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 152.

[77] VATTIER FUENZALIDA, Carlos, «En torno a los contratos electrónicos», en *Contratación Contemporánea*, T. 2, Palestra y Themis, Lima-Bogotá, 2001, pp. 19 y 20.

fluir para que se dé el contrato, y el otro externo, que es la declaración de voluntad mediante la cual queda expresada la relación de tipo obligacional.[78]

En lo que respecta a la oferta electrónica se define como aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos, invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfeccionada con la sola aquiescencia de esta.

Esta oferta presenta la dificultad de su localización, y por otra parte su naturaleza jurídica en el sentido que si deben de ser consideradas como ofertas que obliguen al oferente o si por el contrario, constituyen mensajes publicitarios, lo que seria una invitación a ofrecer, siendo este un aspecto que reviste importancia ya que la oferta determina en la mayoría de los casos el lugar donde se entiende se ha celebrado el contrato con las implicancias jurídicas que esto significa.

En el campo de la contratación electrónica se distingue entre las «websites» (o páginas de «websites») activas y pasivas.

La «website» activa hace referencia a una presencia en Internet en la que el proveedor no se limita a exhibir y publicitar sus productos y servicios sino que promueve la comercialización de los mismos mediante la formulación, en la propia página o a través de campañas instrumentadas mediante «e-mails», correo convencional, publicidad en TV, prensa, etc., u otros medios, de propuestas de contratación, de ofertas vinculantes por su contenido o por el carácter predefinido y, con mayor o menor alcance, personalizado, de sus destinatarios.[79]

La «website» pasiva es el destino, portal o espacio de la red en el que se ubica una oferta pública genérica, un escaparate exterior, lo llama Mateu[80], que desde luego, puede provocar ofertas de contratación por parte de la clientela potencial pero que no constituye una oferta formal para contratar ni, al menos en todos los casos, incurrirá en la tipificación legal del concepto de publicidad.

En las «websites» activas la oferta del proveedor puede tener la naturaleza jurídica vinculante propia de las declaraciones de voluntad recepticia, y obligarle a contratar en las condiciones preestablecidas, en tanto no revoque la oferta o la modifique.

---

[78] ARIAS SCHEREIBER, Max, *Código Civil Peruano de 1984. Exégesis*, Ediciones Studium, Lima, Perú, 1986, T. I, p. 122.

[79] La Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderias (art. 14) dice que la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

[80] MATEU DE ROS, Rafael, «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», en *Derecho de Internet*, Aranzandi, Pamplona, 2001, p. 56.

Como regla general, la existencia de una oferta comercial genérica en una página «web» o en un portal, con su consiguiente catálogo o relación de productos y servicios en oferta, es una simple actividad de presencia pública, que no ha de ser calificada como objeto de contrato ni producir normalmente ningún efecto jurídico para el proveedor, hasta tanto el cliente potencial o destinatario genérico de la oferta desencadene el inicio del proceso de contratación telemática a través de la orden o pedido correspondiente.

En la compra a través de pantallas electrónicas *(websites),* esta solicita que la persona envíe un pedido, a través de un correo electrónico el cual inmediatamente o con una demora de varios minutos, se le responde al oferente aceptando su oferta. Hay casos donde la pantalla indica que el producto ya se ha agotado y, por lo tanto, no se puede perfeccionar la oferta.

Para la doctrina inglesa las ofertas hechas a través de pantallas electrónicas *(websites)* no son sino formas análogas a las compras de productos expuestos por un comerciante en la ventana de una tienda donde la vitrina es una pantalla. La pantalla electrónica *(website)* es una descripción de una serie de productos y de una serie de precios aplicables a los productos y condiciones para las compras de los mismos. En este mismo sentido la jurisprudencia considera que las ofertas por pantalla son una invitación a ofrecer y no una ofertar. Si la oferta por pantalla es una invitación a ofrecer, significa que la oferta de compra la realiza el adquirente del producto. Es el adquirente el que le envía una oferta a la pantalla para adquirir el producto y la pantalla le responde aceptando su oferta o indicándole algunos términos sobre ella.

En la contratación electrónica se considera que la oferta comercial de un proveedor a través de Internet, no constituye una declaración unilateral de voluntad negocial, ni siquiera en la modalidad de declaración de voluntad no recepticia (es decir, no dirigida a persona determinada), en consecuencia no se deriva ninguna consecuencia jurídica para el ofertante o proveedor, por vía de vinculación contractual o de responsabilidad por no revocación ni, creemos, de responsabilidad extracontractual por revocación –culpa in contrahendo–.[81]

La oferta requiere una aceptación, y que en este caso se trata de una aceptación electrónica, la que se considera es la declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios informáticos expresando su conformidad al de una propuesta recibida por este medio.

En cuanto al momento en que se considera recibida la aceptación, se plantean dos posiciones: a) cuando ingresa al sistema del servidor del ofertante; y b) cuando este toma conocimiento de la comunicación de la aceptación.

---

[81] MATEU DE ROS, Rafael, «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», en *Comercio electrónico*, Tomo 3, cit., p. 55.

El consentimiento electrónico se genera desde el mismo momento de la declaración telemática de voluntad. La incorporación de las cláusulas del contrato a la página web del proveedor y la firma electrónica o por claves de seguridad del mismo sustituyen a la suscripción manual de los contratos. Dentro del comercio electrónico, en muchos casos, las ofertas que se remiten al final mencionan la palabra «Yo acepto», (I agree), bastando marca esta palabra con un clic para que se configure la aceptación.[82] De acuerdo con este criterio el mensaje se presumiría recibido por el destinatario en el momento en que ingrese en el sistema del servidor escogido por el destinatario, por lo tanto no habría que esperar que el destinatario baje el mensaje a su propia computadora.

Existen por otra parte sistemas de intercambio automático de mensajes, dada ciertas premisas la computadora ha sido programa para responder automáticamente aceptando la oferta.

La voluntariedad del sujeto se manifiesta, en haber instalado el servicio informático en su empresa, pero no en el acto concreto, ya que la computadora funciona automáticamente. En estos casos, reviste fundamental importancia, el comportamiento concluyente de la parte que monta un sistema informático automatizado para relacionarse con terceros, creando una apariencia jurídica clara de que responderá por las acciones de la máquina.[83]

En España, la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ha modificado el artículo 1262º del Código Civil español y el artículo 54º del Código de Comercio de dicho país, estableciendo expresamente que «en contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación». De esta manera ha dispuesto una solución legal específica de este tipo de contratos entre dispositivos automáticos, distinta de la vigente en materia de contratos entre presentes o entre ausentes.[84]

6.3. Naturaleza de las normas que regulan los contratos electrónicos

En cuanto a las normas que regulan los contratos que se celebran a través de los medios electrónicos, algunos consideran que esta es una nueva forma de contratación que no tiene cabida dentro de las disposiciones que regulan los contratos actualmente, por lo que es necesario una reestructuración de la teoría general del contrato, teniendo en cuenta que la contratación ya no es nacional sino mundial y globalizada, lo que a su vez genera que el concepto de ley territorial en las transacciones internacionales por medios electrónicos pierda su plena vigencia.

---

[82] Ver Acápite 8.3.

[83] LORENZETTI L., Ricardo, *ob. cit.*, p. 180.

[84] HOCSMAN, Heriberto Simón, *Negocios en Internet*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 93.

Por otra parte la doctrina califica a los contratos celebrados a través de los medios electrónicos como una categoría contractual autónoma, es decir, como un contrato atípico que requiere en la mayoría de los ordenamientos, una regulación legal específica, no llegando en consecuencia a los extremos señalados en el párrafo anterior.

6.4. Intercambio automático de mensajes

Existe un intercambio de mensajes electrónicos automáticos, que pueden considerarse documentos, en los que no hay firma digital. La voluntariedad del sujeto se manifiesta, señala Lorenzetti,[85] en haber instalado el servicio informático en su empresa, pero no en el acto concreto, ya que la computadora funciona automáticamente. En estos casos reviste fundamental importancia, el comportamiento concluyente de la parte que monta un sistema informático automatizado para relacionarse con terceros, creando una apariencia jurídica clara de que responderá por las acciones de la máquina.

6.5. Acuse de recibo

El artículo 14º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónica se refiere al «acuse de recibo», se considera que este es una decisión de carácter conmercial que deben decidir los usuarios del comercio electrónico. La denominanción de «acuse de recibo» se emplea a menudo para abarcar toda una gama de procedimientos, señala la Guía para la incoporación al derecho interno de la Ley Modelo del CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que van desde el simple acuse de recibo de un mensaje no individualizado a la manifestación de acuerdo con el contenido de un mensaje. En muchos casos, el procedimiento de acuse de recibo se utilizará paralelamente al sistema conocido con el nombre de petición de acuse de recibo en las administraciones postales.

El acuse de recibo en este caso sólo constituye prueba que la oferta se ha recibido, en cuanto a que su envio o acuse de recibo equivale a una aceptación de la oferta, la Ley Modelo no legisla sobre esta materia, en razón que se trata de un aspecto que está regulado por el derecho de los contratos que escapa a su ámbito.

Si bien en el comercio electrónico se puede solicitar al enviar el mensaje el acuse de recibo, no bastaría sólo la solicitud, ya que el mensaje puede que no llegue a su destinatario, en este sentido la confirmación se considera dada cuando la parte a la que se ha destinado esta en disposición de acceder al mismo.

En el Perú la Ley Nº 27291 que modifica el artículo 1374º del Código Civil incorpora la utilización de los medios electrónicos como medio de comunicación de la manifestación de voluntad, considerando que si realiza a través de medios

[85] LORENZETTI L., Ricardo, *ob. cit.*, p. 180.

electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo. Con lo cual se ha dado un paso importante para eliminar la incertidumbre jurídica que existía, en materia de contratación electrónica y se acoge a principios que están en armonía con las legislaciones internacionales sobre el particular.

6.6. Determinación de la fecha

La importancia de consignar la fecha en el documento, es que a partir de ese momento, a menos que se establezca lo contrario, da lugar al inicio de efectos de carácter jurídico, ocurriendo lo mismo en el caso del documento electrónico, la dificultad que se presenta en este último caso es que la fecha que señalan los ordenadores, puede ser fácilmente modificada.

Para superar esta posibilidad se recurre al método del «time-stamping», que implica la participación de un tercero en el proceso de contratación el que determine el momento en que las declaraciones de voluntad se han emitido o recibido. En la práctica el sistema de «time-stamping» supone el envío por medios electrónicos a dicho tercero del documento (o de un resumen o «finger print»,[86] del mismo a través del uso de la denominada función *hash*), a fin de que se fije la fecha y hora de la emisión o recepción de la declaración de voluntad.

6.7. Lugar de celebración del contrato y ley aplicable

La importancia de determinar el lugar de celebración del contrato electrónico tiene relación con la ley aplicable a dicho contrato.

La contratación electrónica puede revestir un carácter internacional al presentarse la situación que las partes, se encuentren domiciliadas en diferentes países o que la materia de contrato se ejecute en un país diferente al del domicilio de las partes o de una de las partes, en este sentido la determinación de la ley aplicable a las relaciones contractuales estará sujeta a las disposiciones del Derecho Internacional Privado.

Como principio general en materia de contratación y en este caso, por medios electrónicos, las partes tienen la potestad de elegir la ley aplicable a su relación jurídica, dentro de los límites de la ley, habrá que considerar en primer lugar, si las partes han determinado la ley aplicable y la jurisdicción competente, de no ser así

---

[86] La técnica de «finger print» (introducida por Wagner en 1983) consisten en el uso de marcas que no sólo identifican al propietario del contenido, sino también al comprador, de forma que se personalice cada copia controlando la libre distribución. Esta técnica se basa en la inserción imperceptible de datos,(marcas) siendo la información que se inserta diferente en cada copia con el fin de poder relacionar cada una de ellas con el receptor correspondiente e identificar si procede al responsable de una distribución fraudulenta.

corresponderá la aplicación de las normas de conflicto según lo que dispone el derecho internacional privado. En este sentido se seguirán las disposiciones de los convenios y tratados internacionales de los que el Perú sea parte y en su defecto las normas de derecho internacional privado.

Para algunos el lugar de celebración del contrato electrónico es un espacio virtual, y en numerosos casos, la ejecución también se realiza por medios electrónicos, lo que interesa se señala es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en el mismo para la celebración o cumplimiento.

El lugar jurídico puede ser un nombre de dominio, que no coincida con el lugar real donde este efectivamente situado el sujeto.

Como un criterio alternativo pero que no ha tenido mayor difusión, se ha señalado que en el caso de los contratos virtuales, en los que puede dudarse sobre la verdadera ubicación porque quien lo utiliza esta en movimiento, el lugar será donde esta ubicado el «server» (servidor) con quien celebró el contrato de acceso.

En cuanto a la contratación de consumo por Internet, se acepta el domicilio del consumidor como lugar de celebración.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico cuando trata el envío y recepción del mensaje, deja a las legislaciones internas o los convenios internacionales que determine la ley aplicable. Así en su artículo 15º dispone que de no haberse convenido el iniciador y el destinatario otra cosa, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el local donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el local donde el destinatario tenga el suyo, si tiene más de un establecimiento será el que guarde más relación con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal o en ausencia de este, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

El principal objetivo de esta disposición es asegurar que el lugar en que se encuentra el sistema de información no sea el elemento determinante, y que haya un vínculo razonable entre el destinatario y lo que se considera el lugar de recepción, y que el iniciador pueda determinar fácilmente ese lugar.

Además de la Ley aplicable habrá que determinar la jurisdicción aplicable, lo que corresponderá a las partes definirla, nada impide que las partes sometan la controversia al arbitraje.

El desarrollo de la comunicación electrónica permite que el arbitraje pueda desarrollarse a través de este medio de comunicación surgiendo lo que se denomina el ciberarbitraje.

Como el arbitraje depende de la voluntad de las partes se requiere de la celebración de un convenio, que para este caso se denomina convenio arbitral electrónico. En la mayoría de las legislaciones se exige que el convenio arbitral conste

por escrito, sin embargo desde que se han venido dando normas en que la forma escrita es equiparable a la forma electrónica este es un aspecto que se ha obviado.

Este convenio se define como aquel en que se hace constar la voluntad inequívoca de las partes, expresadas a través de dispositivos electrónico, informáticos o telemáticos, de someter la decisión de las cuestiones litigiosas que puedan surgir en Internet, a uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión.[87]

En cuanto al procedimiento arbitral la comunicación entre las partes se realizara mediante correo electrónico, las audiencias de arbitraje se efectuaran utilizando en algunos casos el correo electrónico y en otros mediante sesiones de Chat o de videos conferencias, participando las partes en conflicto, sus abogados de ser el caso y los miembros del Tribunal. Para asegurar la confidencialidad de las comunicaciones se deberá utilizar la encriptación.

Se menciona dentro de las ventajas particulares del arbitraje electrónico la reducción de los costos, y el tiempo en la solución de la controversia, aunque también puede presentar inconvenientes como la necesidad de la presencia de los árbitros y de las partes en la actuación de determinadas pruebas, como sería la inspección ocular, la presentación de pruebas físicas, la apreciación de documentos falsificados, etc.

6.8. Plazos de entrega

Uno de los principales problemas que plantea el comercio electrónico se refiere al incumplimiento de los plazos de entrega de los productos adquiridos, con el consiguiente malestar de los consumidores, en algunas legislaciones se establece plazos de entrega si las partes no lo han pactado. La Directiva Europea sobre ventas a distancia dispone que el proveedor deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de treinta días a partir del día siguiente de aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido.

De la misma manera en el caso que no se ejecute el contrato por parte del proveedor por no encontrarse el bien o el servicio objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponiblidad y deberá poder recuperar cuando antes la suma que haya abonado y, en cualquier caso en un plazo de treinta días.

Es interesante señalar el caso «TooLate.com» que cita Burgos[88] publicado por la oficina de protección al consumidor de la FTC, julio 2001, que se resume en

---

[87] MERINO MARCHÁN, José, «El pacto de arbitraje telemático», en *Crernades*, Fernández, ORDÓÑEZ e ILLESCAS (coord.), *Régimen Jurídico de Internet,* La Ley, Madrid, 2002, p. 533.

[88] BURGOS PUYO, Andrea, «Los contratos con el consumidor en internet», en *El Contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 299.

los siguientes términos: En el mes de diciembre las ventas en Internet en Estados Unidos aumentaron drásticamente, puesto que muchos consumidores atraídos por la facilidad y conveniencia de precios acudieron a este medio para realizar las compras de navidad y aun cuando muchos resultaron satisfechos, otro tanto recibieron las compras después de las fiestas navideñas. De esta manera la FTC estableció las acciones pertinentes y se fijo una multa de U$1.5 millones en penas o compensaciones civiles y se obligaron a seguir las reglas de compra por correo o teléfono establecidas por la FTC en transacciones futuras, la cual establece que se debe realizar el envío del producto en el termino establecido y de no hacerlo el consumidor podrá restituir el bien dentro de los 30 días siguientes a haberlo recibido. La compañía debe avisar al consumidor el retardo en la entrega y este podrá cancelar el pedido.

6.9. Medios de contratación electrónica

En lo que respecta al medio de contratación electrónica, muchos sistemas legales han extendido esta noción al medio telefónico.

En lo que se refiere a los contratos celebrados por teléfono estos son negocios verbales, no negocios jurídicos informáticos, se ha generado la práctica de grabar la conversación telefónica, previo consentimiento de la parte que esta celebrando la transacción por teléfono. La finalidad de la grabación es que se pueda utilizar como prueba de la transacción realizada, constituyendo un medio de prueba. En la actualidad a través de los métodos de autenticación biométrica, con base a pruebas de la voz de una persona, pueden determinarse a quien corresponde la grabación.

Entre los más usuales y difundidos medios de contratación electrónica en opinión de Castillo Freyre[89] se encuentran: Los contratos celebrados por teléfono, los contratos celebrados por facsímil, a lo que se conoce también conoce como fax, que reproducen imágenes a distancia, permitiendo el envío de comunicaciones escritas, los contratos celebrados por beeper o busca personas, en el que el interesado se abona a un servicio que presta una empresa para que le retransmita los mensaje que el abonado recibe en su central de dicha empresa, aunque la reducción del costos del servicio de los teléfonos celulares, así como de los aparatos, ha determinado su casi desaparición en el mercado, los contratos celebrados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para realizar la contratación, en base a estos principios se configuran las máquinas de expendio automático de bebidas, golosinas, alimentos, etc., las que poseen computadoras programadas que les permite contar el dinero que reciben, dar vuelto

[89] CASTILLO FREYRE, Mario, «Las doctrinas tradicionales frente a la Contratación Computarizada», PUCP, Fondo Editorial, Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Lima, 1996, Vol. 3, Tomo I, p. 37 a 43.

de ser el caso, procesar el pedido y brindar el servicio, dentro de estas máquinas de servicio automático se encuentran los teléfonos públicos accionados por tarjetas o monedas, también señala Castillo puede incluirse las máquinas tragamonedas de los casinos o casa de juego, a través de los cuales se celebran los denominados contratos de juego o apuesta, los contratos celebrados por medio de computadoras que funcionan como dos terminales conectados entre sí (computadoras en red), en este caso la comunicación se realiza a través de la línea telefónica o red de comunicaciones telemática, frente a la cuales se encuentra una o más personas, contratos celebrados por Internet, siendo los más usuales la contratación mediante el correo electrónico y la World Wide Web (WWW).

Por otra parte entre las actividades económicas que se realizan a través de los medios electrónicos y que mueven importantes sumas de dinero, se encuentran las operaciones electrónicas en el mercado de capitales que comprende la compra o venta de valores, la que es realizada por los corredores de títulos de acuerdo a un convenio que celebran con el cliente, en el que figuran las instrucciones de comprar o vender determinados valores a través de la computadora, debiendo figurar los códigos necesarios de autenticación de los mensajes. Las instrucciones las acepta y ejecuta el corredor, dentro de lo que se conoce como el corretaje *«on line»*. Estas operaciones están llamadas a adquirir una mayor importancia en el futuro, cuando se integren *«on line»*, las principales bolsas que operan en el mercado de valores.

6.10. Vicios de la contratación electrónica

Los vicios de la contratación electrónica no difiere de la contratación por los medios tradicionales, aunque reviste particulares propias dada la naturaleza de esta contratación

6.10.1. Error

El error puede darse en la contratación electrónica, por equivocación en el mecanografiado al momento de escribir el mensaje, tratándose de comunicaciones que operan en forma inmediata, se plantea si es posible retractar la aceptación.

En la contratación electrónica el error puede ser de derecho o de hecho, en cuanto al error de derecho versa sobre la existencia e interpretación de una norma jurídica.

Constituye error de hecho consignar una cifra equivocada tratándose de un pedido, aquí técnicamente hay contrato desde que la aceptación es enviada.

Es importante señalar que si bien la retractación cabe antes o simultáneamente que llegue la aceptación, en el caso de la contratación interactiva entre las partes, no existe tal posibilidad de retractación por la casi simultaneidad con que las declaraciones se conocen.

En caso de ocurrir esta clase de errores se estará a lo dispuesto en la legislación aplicable al contrato, aunque en lo que respecta a esto último, se presenta el problema de su determinación, ya que pueden desconocer el lugar de donde operan.

En cuanto a quien debe de probar el error de hecho corresponderá a la parte que lo impugna.

6.10.2. Dolo

El dolo se presenta en la contratación electrónica en la medida de ofrecer a través de los medios informáticos bienes y servicios que no responden a sus características, dentro de lo que se encuentra el engaño, el fraude, y la simulación.

6.11. Alteración del documento

En cuanto a la alteración del documento electrónico al no existir un soporte físico, siendo el soporte de naturaleza magnética u óptica, resulta imposible detectar una alteración física de dichos soportes, únicamente el conocimiento de las claves puede dar lugar a que un usurpador altere el contenido del mensaje.

A diferencia del documento escrito donde es posible mediante un examen físico del documento determinar su alteración o falsificación, esta posibilidad no existe en el documento electrónico.

6.12. Legislación peruana

Entre las diversas teorias que existen al respecto el Código Civil en su artículo 1373° aplica la teoría del conocimiento, esta teoría sostiene que el contrato es un acuerdo de declaración de voluntades, de modo que se considera concluído sólo cuando ambas partes conocen que la oferta ha sido aceptada, por tanto, el contrato se concluye cuando el oferente conoce de la aceptación de la oferta.

Sin embargo el artículo 1374° considera la teoria de la recepción, al disponer que el contrato queda concluído cuando la aceptación llega a la dirección del oferente, o sea, cuando la aceptación se encuentra en el ámbito de interés del oferente, llegando la misma a su domicilio o establecimiento. La presunción contenida en este artículo admite prueba en contrario, pues sí el destinatario de cualquiera de las declaraciones contractuales (oferta, revocación, aceptación, contraoferta) se encontraba, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlas, el contrato no se considerará formado.

Para efectos de la contratación electrónica, la Ley Nº 27291, ha modificado el artículo 1374° del Código Civil, agregando un segundo párrafo, el que considera que hay presunción que se ha recepcionado cuando el remitente reciba el acuse de recibo, demás esta decir que el acuse de recibo significa la aceptación de la oferta.[90]

[90] Código Civil: Artículo 1374º.- Conocimiento y contratación entre ausentes.

7. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

Se entiende por contratación a distancia, como la contratación sin la presencia física simultanea de ambos contratantes o sus representantes.

En la contratación a distancia la doctrina se pregunta cuándo se considera concluido el contrato entre dos partes que se encuentran en lugares distintos y que no se pueden comunicar directa e inmediatamente.

Para Arias Schereiber,[91] se suscitan problemas tratándose de la formación de un contrato entre ausentes, pues entonces no existe coincidencia en cuanto al momento en que se formula la aceptación y aquél en que ésta es conocida por el oferente, por lo que hay que establecer cuando ha nacido el contrato.

Se plantea si realmente la contratación electrónica a través de Internet es un contrato entre ausentes, y si trata de un contrato a distancias.

Entre las definiciones del contrato por vía electrónica se considera que es el celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos telemáticos conectados a una red pública de telecomunicaciones. Según esta definición esta clase de contratación sería una modalidad de los contratos a distancia, que se caracteriza por la falta de presencia física simultanea de las partes, trasmitiendo su voluntad a través de un medio de comunicación a distancia, lo cual supondría aplicar a los contratos electrónicos el régimen que regula los contratos a distancia.

La Directiva Comunitaria de la Unión Europea, 97/7/CEE sobre Protección de Consumidores en materia de Contratos a Distancia, (DOCE L 144/19 de 4/6/1977) define en su artículo 2º como contrato a distancia: «Cualquier acuerdo entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas que utiliza masivamente una o más técnicas de comunicación a distancia para la celebración del contrato». Entendiendo como técnica de comunicación a distancia todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y consumidor, incluyendo en la lista técnica que determinan la existencia de una venta a distancia, la radio, la televisión, el teléfono, el videotexto, el telefax y el correo electrónico entre otros.

La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo»

[91] ARIAS SCHEREIBER, Max, ob. cit., p. 124.

En Internet, lo mismo que en la contratación telefónica directa dice Mateu,[92] no hay distancia temporal (que es lo decisivo) sino distancia física, fenómeno que resulta accesorio y también aparece con frecuencia en la contratación convencional. El contrato es objeto, frecuentemente, de consumación instantánea, de tracto inmediato, sin intervalo de tiempo ni interrupción del proceso de comunicación, aunque las normas jurídicas definen, de modo indirecto, el contrato electrónico mediante expresiones que evocan la imagen del contrato entre ausentes tienen que admitir y establecer condiciones de regulación más flexibles para los contratos «relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia».

Los Códigos del siglo XIX señala Lorenzetti,[93] consideraban que la falta de presencia física de los contratantes daba lugar al contrato a distancia, en el caso de la ausencia adquiría relevancia la distancia en razón del tiempo de comunicación entre los contratantes. Durante el transcurso de ese tiempo podían ocurrir eventos como la revocatoria de la oferta por el ofertante, o su fallecimiento, por lo que había necesidad de determinar en que momento se perfeccionaba el contrato que podía ser desde el envío de la oferta, de su aceptación, o su recepción por el correo.

La aparición del teléfono va a superar el criterio que el contrato a distancia esta en relación con el tiempo de la comunicación, por este medio el consentimiento entre personas que no están físicamente presente, es instantáneo, según este autor, debe considerarse que hay un vinculo entre presentes.

En el caso de la contratación electrónica, si bien se celebra entre personas físicamente distantes, se supera las distancias debido a que el medio de comunicación es instantáneo, en este sentido se expresa que no hay ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia, autentica, inmediata e instantánea.

El problema que se presenta en el comercio a distancia en general y que comprende al realizado por medios electrónicos es la de devolución de los bienes, o el caso de los bienes que no lleguen al destinatario, el reclamo de devolución del dinero que no es atendido o que demora su devolución, a lo que debe añadirse el desconocimiento de las leyes en caso de disputa, y la dificultad de acciones al encontrase el vendedor domiciliado en un país diferente al del comprador.

---

[92] MATEU DE ROS, Rafael, ob. cit., p. 60 y ss.

[93] LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 192.

8. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y DERECHO DEL CONSUMIDOR

8.1. Cláusulas generales de contratación y la contratación electrónica

En lo que concierne a la protección al consumidor cuando se trata de la contratación electrónica, existen casos en lo que puede ser resueltos mediante la aplicación de las normas existentes para el comercio no electrónico. Hay que tener en cuenta que el comercio electrónico no es una fuente nueva de obligaciones, en la mayoría de los casos se esta frente a un contrato de compra venta de bienes o de prestación de servicios, y tratándose de contrataciones en masa, se aplica los contratos denominados de adhesión, a lo que debe añadirse la falta de contacto físico entre las partes.

En las legislaciones internas existen dispositivos que controlan los contratos de adhesión a fin de evitar que contengan cláusulas abusivas, situación que puede presenta inconvenientes en la contratación electrónica, debido a la dificultad para establecer la ley aplicable, las que en algunos casos pueden ser permisivas en esta materia.

En algunos países, como en España existen disposiciones que norman la contratación electrónica con cláusulas generales de contratación tal como el Real Decreto 1906/99, de 17 de diciembre de 1999, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación, el mencionado Real Decreto establece las garantías que deben ofrecerse a los consumidores y usuarios que participan en una contratación basada en la simple adhesión a una cláusulas previamente redactadas en forma unilateral y sin posibilidad de negociación.[94]

El Real Decreto incorpora las disposiciones de la Directiva Europea sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, estableciendo la obligación para los proveedores de bienes y servicios de considerarlas para elaborar sus respectivas cláusulas generales.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, (OECD) ha elaborado unas guías para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico, en las que se afirma como principio general que el consumidor que participa en el comercio electrónico tiene derecho a una protección no menor que el existente en otras formas de comercio (parte 2.1).

---

[94] Se considera que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocado en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por las partes, declare su voluntad de aceptar, estas cláusulas son redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elemento de ellos.

8.2. Cláusulas abusivas

La costumbre negocial en Internet muestra un amplio campo para el desarrollo de cláusulas abusivas de todo tipo, la mayoría no muy diferentes de las que existen en el resto de la economía de los contratos de consumo, y algunas caracterizadas por la tecnología aplicable.

Según el artículo 37º de la ley argentina Nº 24.240, (Ley de Defensa del Consumidor) son abusivas, las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, las cláusulas que importen renuncia o restricciones del derecho del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños, las cláusulas que contengan cualquier precepto que impongan la inversión de la carga de la prueba, cláusula de prórroga de jurisdicción, cláusula de modificación del contenido, cláusula de imposición del sistema arbitral.[95]

8.3. Wrap agreement

El contrato electrónico puede ser celebrado por adhesión según las condiciones impuestas por el oferente sin posibilidades de negociación. Dentro de esta clase de contratos se encuentran los «wrap agreemments», que son propios de la contratación electrónica.

A los contratos «on line» algunos lo denominados «clic-wrap contract», ya que basan su validez en el acto de pulsar el botón de aceptación por parte del usuario, ante la presentación de un texto que incluye las condiciones en las que se va a prestar el servicio o se va a suministrar el producto.

En los contratos *click wrap,* el consentimiento se expresa a través del señalamiento por el *mouse* del computador de un botón o gráfico; en unos casos además, se obtiene una clave por teléfono que le da mayor seguridad al sistema.

En los contratos *browse wrap* que son los más nuevos, el consentimiento sobre la aceptación de las condiciones de uso de un programa lo expresa el usuario por el hecho de navegar y bajar el programa de un sitio, en el cual aparecen –no siempre de manera visible–, las condiciones generales de licencia.

La utilización del «wrap agreement» empieza a tener importancia con los contratos de venta de programas de computación, que se envían empaquetados, presentándose dos posibilidades: que el programa este diseñado de tal manera que al abrirlo importa una forma de asentir a las condiciones generales de contra-

[95] Lorenzetti. considera que mientras el arbitraje garantice ese derecho a la jurisdicción no hay cláusula abusiva. Si en lugar de una institución arbitral se somete al consumidor a un arbitraje ad hoc, designado por la parte empresaria, evidentemente ello es abusivo. La elección de un foro especial para el contrato de consumo, sea por imposición de arbitraje privado o de órgano ligados a los oferentes, puede ser considera lesiva a los derechos fundamentales del consumidor. LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, p. 253.

tación que aparece en la pantalla respecto al paquete o producto, y que al abrirlo se permita leer las condiciones generales y que se manifiesta la voluntad mediante la expresión de aceptar (marcar aceptar), o bien se utilice la practica de hacer el clic sobre un cuadrado que dice acepto.

En los Estados Unidos de América, la Corte de California, en el caso Hotmail contra Van Money Pie Inc, juzgo la eficacia jurídica de los denominados «clic-wrap agreement» o «point-and clic agreement», para lo cual el usuario pulsa un botón de aceptación. Hotmail había demandado por la utilización de su servicio de correo electrónico para enviar publicidad no solicitada (spam) y basaba su reclamación en un incumplimiento de las condiciones generales de contratación que había aceptado *on line* Van Money Pie Inc., al abrir su cuenta de correo electrónico. El Tribunal entendió que el usuario queda vinculado por las condiciones generales resultantes de los Terms of Service al pulsar el botón *I agree* (Yo aceptó), luego de haber tenido la oportunidad de leerlas.[96]

En nuestro sistema los contratos con cláusulas general de contratación y de adhesión se encuentra normados en el artículo 1390° del Código Civil, es así que determina que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Por su parte el artículo 1392º dispone que las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas en forma previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elemento propio de ellos.

La Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo Nº 716, no contempla los derechos de los consumidores en los casos que se trate de venta de bienes y servicios a distancia por medio de comunicación como Internet, así como tampoco las obligaciones de los proveedores que utilicen este medio.

La legislación española, Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación, en su artículo 3º considera su ámbito de aplicación desde un punto de vista territorial como objetivo, siguiendo el criterio de inclusión no sólo de los contratos sometidos a la legislación española, sino también de aquellos contratos en los que, aun sometidos a legislación extranjera, la adhesión se ha realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia o domicilio. Lo que determina que en el ámbito de Internet sean de aplicación la prohibición y nulidad consiguiente de todas las cláusulas abusivas que formen parte de contratos sujetos a la legislación del ofertante.

---

[96] BRIZZIO, Claudia R., *ob. cit.*, p. 95.

9. LA TRIBUTACIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio de los bienes y servicios a través de la Internet, conlleva a determinar cuando se incurre en actos gravables, y de ser el caso en que jurisdicción corresponde hacer el pago. Al respecto es necesario determinar según Alvarado y Cifuentes[97] la aplicación de las normas y criterios de vinculación que utiliza cada Estado, así como la aplicación de normas de los convenios de doble tributación a los efectos de establecer los derechos gravables de cada Estado con relación a la renta que genere el *e-commerce*.

Dentro de este nuevo esquema comercial, resulta evidente cuestionarse respecto a las posibilidades con que contarán las administraciones tributarias para intervenir con un adecuado control fiscal, el cual permita aplicar la afectación tributaria que legítimamente corresponde a dichas operaciones, las que se verán incididas por impuestos tales como el impuesto a la renta o al valor agregado, sobre todo donde, por lo menos en apariencia, el vendedor no mantiene presencia física o un nexo suficiente que lo vincule con una determinada jurisdicción tributaria.[98]

Debido a la naturaleza de las operaciones a través del comercio electrónico existe dificultad en establecer el nexo territorial entre el contribuyente y la Administración Tributaria, a fin de precisar la jurisdicción tributaria.

En principio los tributos que gravan el comercio en general, los impuestos a la renta, al valor agregado, los impuestos de aduanas y otros deberían recaer sobre las transacciones que se realizan a través del comercios electrónico. En algunos de ellos como en el impuesto a la renta la aplicación de los principios del domicilio y de la fuente, contemplado en la legislación puede determinar a quien como sujeto pasivo le corresponde el pago.

Entre los problemas y dificultades que se presentan se señala los siguientes:

1. Los problemas de calificación de rentas obtenidas y de las operaciones que se llevan a cabo en el *e-commerce.*
2. Las dificultades en la localización de las actividades comerciales en un entorno telemático o en la Internet.
3. Las dificultades que tienen las Administraciones Tributarias para identificar las transacciones comerciales vía telemática; y,
4. Lo relativo a los medios de pago electrónicos y su identificación.[99]

---

[97] ALVARADO WEFFER, Antonio y CIFUENTES, Luis Enrique, «El Comercio Electrónico en Venezuela», en *Comercio Electrónico*, T. 3, Editores Ara (Perú) y Temis (Colombia), 2003, p. 813.

[98] FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo, *Régimen Tributario del Comercio Electrónico*, Fondo Editorial PUC, Lima, Perú, 2003, p. 87.

[99] ALVARADO WEFFER, Antonio y CIFUENTES, Luis Enrique, *ob. cit.*, p. 815.

En la actualidad existen dos tendencias en lo que concierne a la tributación en Internet, para algunos hay que determinar una regulación tributaria, otros en cambio sostienen que no debe soportarse ninguna tributación y dar paso a lo que seria una zona libre de comercio o *duty free*, lo que se une a que las transacciones en Internet se realizan en forma casi anónima, haciendo difícil el seguimiento de la operación.

Sobre esta materia debe tenerse presente el principio aceptado en forma general de la neutralidad tributaria, el que consiste en incidir económicamente, desde el punto de vista tributario, con igual intensidad y medida, es decir de manera equivalente, las operaciones, o más precisamente los hechos gravables, en la medida que estos sean sustancialmente similares. Lo que significa que en el ámbito de la era digital, el sistema tributario deberá incidir con la misma magnitud tanto las operaciones del comercio electrónico, como aquellas realizadas fuera de este ámbito, en medios tradicionales.[100]

De esta forma la carga económica tributaria para las operaciones realizadas respecto de un determinado tipo de bien debe ser la misma en todos los casos, de modo tal que no ejerza influencia en el consumidor al momento que este decida cual bien adquirir dentro de un determinado género. No debe ser relevante si la operación se realiza por medios tradicionales o mediante el comercio electrónico.

En cuanto a la creación de impuestos para el comercio electrónico, la doctrina ha estudiado esta materia, así en noviembre de 1997, en Turku (Finlandia) se estudio la posibilidad de establecer un impuesto fijo (propuesta a instancia de la Unión Europea), la que fue rechazada.

Dentro de las propuestas de gravar el comercio electrónico se encuentra el denominada *Bill Tax*, creado por Arthur Cordell y Thomas quienes presentaron un documento denominado «La Nueva Riqueza de las Naciones», en noviembre de 1994, en la reunión del Club de Roma.[101]

El *Bill Tax* consiste en asignar un valor a cada *Bit*[102] teniendo como base un número determinado de *Bits*, se genera un impuesto, siendo considerado como sujeto pasivo de la obligación tributaria quien lo genera, aunque se señala que la presencia de un *Bit* no es necesariamente un hecho generador impositivo, así es el caso de las comunicaciones académicas en las que no hay ningún interés de tipo económico.

Por otra parte se ha sostenido que otra solución sería la imposición en el establecimiento permanente a efecto de evitar el conflicto entre las diversas juris-

---

[100] FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo, *ob. cit.*, p. 91.

[101] CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *ob. cit.*, p. 130.

[102] El Bit lo podemos entender como una unidad mínima con base en la cual se denomina un dígito binario, siendo la comprensión de binary bit.

dicciones, o una doble imposición. En cuanto a la determinación de un establecimiento permanente, lo tradicional es acudir al criterio de localización geográfica de la empresa.

En materia de transacciones vía Internet, la cuestión de definir los alcances de esta noción se ha vinculado con la posibilidad de asumir que el servidor sea identificado con el propio establecimiento, a falta de otro tipo de instalaciones materiales y/o de personal encargado de la operatividad del servidor.

Sobre el particular se distingue entre lo que se entiende por «servidor virtual» y por «servidor material». El primero, el servidor virtual, se confunde con el sitio web, de naturaleza inmaterial, estando ligado al conjunto de datos a los cuales se tiene acceso a distancia a través de un computador unido a la red mediante un modem; esos datos pueden ser consultados en todo momento, en forma versátil y por una pluralidad de usuarios al mismo tiempo, viajando a través de la red sin que adquieran por ello una localización fija.

En el segundo caso, el servidor material, posee ya una materialidad, estando radicado en el disco duro del proveedor de acceso o de alojamiento (son calidades negociales distintas, con diferentes consecuencias), todo lo cual le asigna una implantación geográfica, al existir de algún modo una presencia física.[103]

En lo que se refiere al servidor virtual existe consenso en sostener que no reúne las condiciones necesarias para asimilarse a un establecimiento permanente, y en lo que concierne al servidor material algunos consideran que bajo ciertas circunstancias o requisitos el servidor material puede llegar a considerarse un establecimiento.[104]

Por otra parte no basta se señala, con ser proveedor de alojamiento de la página comercial de que se trate, en cuyo caso el servidor material no puede ser considerado sino como propiedad de un tercero ajeno a la actividad comercial sujeta al gravamen. Solamente si quien hace funcionar el servidor, coincide con quien emplaza en él por cuenta propia la actividad comercial abierta al uso público, se podrá estar ante un sujeto gravado.

En cuanto a considerar si una página web ubicada en un determinado servidor en una jurisdicción constituye un establecimiento permanente dentro de

---

[103] CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *ob. cit.*, p. 132.

[104] Para la doctrina el establecimiento permanente significa un lugar fijo de negocios mediante la cual una empresa realizada todo o parte de su actividad comercial. De esta forma tenemos que dentro de esta definición se requiere la presencia de dos elementos indispensables para que este se configure:

a) El elemento físico, consiste en un lugar fijo en el que las encuentran los activos con los cuales se desarrollan las actividades;

b) El elemento económico, el cual requiere la realización de actividades de comercio.

dicha jurisdicción, esta tesis es rechazada debido a que tendría que evaluarse las actividades que se realizan a través de la misma de tal suerte que, en la medida que dicho recurso sea utilizado como mero punto de publicidad, no habrá establecimiento permanente, mientras que, caso contrario, cuando la página web sea utilizada para realizar operaciones se considera que sí existe establecimiento permanente.[105]

Indudablemente, la ausencia de un establecimiento permanente del comerciante de Internet implica la no afectación de sus rentas en el lugar donde se concertaron las actividades generadoras de las mismas; en otras palabras, el país receptor de las operaciones comerciales no percibiría un ingreso fiscal, ante la ausencia de una vinculación física con dicho comerciante, que permita aplicarle los tributos de su sistema fiscal.

10. DELITOS INFORMÁTICOS

La comunicación vía internet esta sujeta a la posibilidad que las mismas sean materia de interferencia que pueda dar lugar a la alteración del mensaje, la destrucción de la base de datos, la piratería informática, etc.

El delito informático se considera que comprende dos aspectos el referido a las conductas que se desarrollan atentado contra la infraestructura informática; o bien, en un segundo sentido, se puede entender como aquellas conductas que se desarrollan a través de los medios informáticos.

10.1. Definición de delitos informáticos

La comunicación electrónica puede utilizarse con fines de: injurias y calumnias, proxenetismo, pornografía, apuestas ilegales, estafas en línea; prestación de actividades reguladas sin autorización, prestación de servicios financieros en línea sin autorización, infracción de la propiedad intelectual o industrial, el espionaje[106], la utilización de la red para el envío y recepción de mensajes por parte de grupos terroristas con fines delictivos. Asimismo la utilización de la red para el envío de información que tenga que ver directamente con la actividad del narcotráfico y cualquier otro delito que pueda ser implementado a través de Internet.

---

[105] CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, ob. cit., p. 136.

[106] Consiste el espionaje en el acceso no autorizado a sistemas informáticos gubernamentales e intercepción de correo electrónico del servicio secreto, también se debe tener en cuenta el espionaje industrial que consiste en el acceso no autorizados a sistemas informáticos de empresas, generalmente multinacionales, usurpando secretos industriales, sistemas de fabricación y *know how* estratégico que posteriormente ha sido aprovechado en empresas competidoras o ha sido objeto de una divulgación no autorizada.

En cuanto a la definición de los delitos informáticos el autor mexicano Julio Téllez Valdéz señala que los delitos informáticos son «actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)».[107]

Bramont Arias considera que los diferentes comportamientos incluidos dentro del delito informático pueden afectar a múltiples bienes jurídicos; de hecho, ha quedado demostrado como la actividad, el patrimonio, el orden económico resultan lesionados mediante manipulación informática de datos. Pero no sólo ellos, también es posible hablar de la seguridad nacional, la seguridad del flujo transnacional de datos, etc. De manera indiscriminada, pues, se alude a bienes jurídicos de naturaleza individual como macrosocial. Todo ello nos obliga a afirmar que en realidad no existe un bien jurídico protegido en el delito informático, porque en verdad no hay, como tal un delito informático. Este no es más que una forma o método de ejecución de conductas delictivas que afectan bienes jurídicos que ya gozan de una específica protección por el Derecho penal. Así, sería más correcto hablar de criminalidad informática en cuanto nueva forma de comisión de delitos ya tradicionales, como pueden ser la estafa, el hurto, el delito de traición a la patria, espionaje, nacida al amparo del rápido desarrollo tecnológico habido en los últimos tiempos.[108]

En el campo internacional se han venido realizando esfuerzos para establecer criterios comunes en las leyes contra los hackers, la introducción de virus en las computadoras y otros delitos relacionados con Internet.

En este sentido, se encuentran los esfuerzos del Consejo de Europa, habiendo, el 29 de junio de 2001, el Comité Europeo de Problemas Criminales del Consejo de Europa, con el apoyo de los EE.UU., aprobado en su 50ª sesión plenaria realizada en Estrasburgo, el borrador final de la futura Convención sobre el Ciber crimen o Ciber delitos. El documento aprobado fue firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 por los representantes de los países miembros del Consejo de Europa, la Convención está vigente a partir del 07 de enero del 2004[109] y en él se urge a los Estados a adaptar sus legislaciones al referido texto, armonizando las mismas en lo referente a la actividad criminal electrónica, la cooperación policial entre países y los procedimientos judiciales que regirán en Europa y los EE.UU.

---

[107] Citado por CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, ob. cit., p. 330.

[108] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *El delito informático en el Código Penal Peruano*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, p. 58.

[109] La convención ha sido suscrita hasta el 08 de agosto del 2005 por 42 Estados (38 de ellos miembros del Consejo de Europa, además de Canadá, Sudáfrica, Japón y EE.UU). http://conventions.coe.int

La Convención es el primer tratado internacional sobre los delitos cometidos por medio de la Internet y otras redes de computación, trata en particular con la trasgresión de las normas sobre violación de la propiedad intelectual, el fraude por computadoras, la pornografía infantil y la violación de las redes de seguridad.

El principal objetivo de la Convención es lograr una política criminal común destinado a proteger la sociedad contra el cibercrimen, especialmente por la adopción de una apropiada legislación y fomentado la cooperación internacional.

La Convención será complementada por un Protocolo adicional, considerando como delito, las publicaciones racitas y xenofobicas.[110]

El tratado clasifica en cuatro grupos los delitos informáticos:

1. Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.
   - Acceso ilícito a sistemas informáticos.
   - Intercepción ilícita de datos informáticos.
   - Interferencia en el sistema mediante la introducción, transmisión, provocación de daños, borrado, alteración o supresión de estos.
   - Mal uso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos.
2. Delitos informáticos
   - Falsificación informática que produzca la alteración, borrado o supresión de datos informáticos que ocasionen datos no auténticos.
   - Fraudes informáticos.
3. Delitos relacionados con el contenido.
   - Delitos relacionados con la pornografía infantil.
4. Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.

10.2. Delitos computacionales

Por otro lado, hay posturas que consideran que de la relación entre delito e informática surgen dos tipos de ilícitos, los delitos computacionales y los delitos informáticos.[111]

---

[110] Summary of the Convention on Cybercrime (CETS N0.185).

[111] En ponencia «Reflexiones sobre los Delitos Informáticos motivadas por los desaciertos de la Ley Chilena», presentada en el X Congreso Latinoamericano y II Iberoamérica Derecho Penal y Criminología, celebrado en la Universidad de Chile en agosto de 1998, citado por CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *ob. cit.*, p. 332.

Cuando los delincuentes de delitos tradicionales comienzan a utilizar como un medio específico de comisión a las tecnologías de la información, se produce una informatización de los tipos tradicionales naciendo el delito computacional, que en realidad se trataría solo de ilícitos convencionales que ya están regulados en el Código Penal. Sin embargo, también se crean conductas nuevas, no contempladas en los ordenamientos penales por su especial naturaleza, lo que hace necesario crear nuevos delitos, llamados delitos informáticos.

En cuanto al delito informático corresponde a la acción típica antijurídica y dolosa cometida mediante el uso normal de la informática contra el soporte lógico o *software,* de un sistema de tratamiento automatizado de la información. Por lo tanto, únicamente se estara ante un delito informático cuando se atenta dolosamente contra los datos digitalizados y contra los programas computacionales contenidos en un sistema; otros casos parecidos, serán solo delitos computacionales que no ameritan la creación de un nuevo ilícito penal.

10.3. Delincuente informático

Los delincuentes informáticos son los involucrados en los delitos informáticos, personas por lo general dotadas de una capacidad e inteligencia especial, y en muchos casos lo hacen como alarde y demostración de las cualidades que poseen.

El «computer crime», a excepción de algunos casos de intruísmo, es un delito de cuello blanco, distinción que viene determinada por una de las formas de criminalidad desde el punto de vista del agente, que importa la necesidad de una preparación y conocimientos específicos por parte de éste, ello requiere cuando menos que tenga un apreciable nivel cultural.[112]

A estos delincuentes se les conoce con diversos nombres, según la actividad ilícita que realizan, así los hacker[113] vulneran los password o teniéndolos no lo han obtenido por medios normales; los cracker, vulneran programas informáticos, software comerciales, cometiendo conductas de piratería informática, copian sin autorización programas informáticos atentando contra los derechos de autor; el cracking subsume al hacking, ya que además de configurarse un acceso ilegítimo al sistema de información, lo daña o lo altera con la voluntad dolosa de provocar dicho daño; los cyberpunks o vándalos electrónicos son los sujetos que de manera directa o a través de virus y con un ánimo específico, destruyen los datos, programas o soportes informáticos[114]; los phreakers o phackers

---

[112] SÁEZ CAPEL, José, *Informática y Delito*, Proa XXI Editores, Buenos Aires, 2ª ed., 2001, p. 45.

[113] El hacking, proviene de la palabra hack (hachar) término utilizado para describir la forma, a golpes, que los técnicos en telefonía arreglaban las cajas descompuestas. Los hacker reclaman tener una ética y principios contestarios e inconformistas pero no delictivos.

[114] Cyberpunk, «Sensibilidad o creencia que un grupo de gente fuera del sistema, armado con su propia individualidad y capacidad tecnológica, puede romper la tendencia de las institu-

(fonopirata)[115], que son los que conocen técnicas de cómo engañar a sistemas de cobro a distancia (por ejemplo, para no pagar el servicio telefónico, o pagar los servicios con costos menores a los reales); los sniffers o rastreadores se usan para penetrar en el disco duro de una computadora conectada a una red, con la finalidad de buscar cierta información, mediante el uso de sniffers se recogen los correos que circulan en el cyberespacio, permitiendo su control y lectura[116]; los phishing, que usan correos electrónicos simulados y sitios web fraudulentos para hacer que los receptores proporcionen sus datos financieros personales como números de tarjetas de crédito, nombres y contraseñas de usuarios, número de seguridad social o de documentos nacional de identidad, etc.

10.4. Legislación en el Perú

En el Perú mediante la Ley Nº 27309 se incorporó los artículos 207º-A al 207º-C al Código Penal, que se refieren a los delitos informáticos.

El artículo 207º A, sanciona a los que acceden en forma indebida a una base de datos, sistema, red de computadoras, con la finalidad de diseñar, alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información, sancionándoseles con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidos a ciento cuatro jornada.

Para que se configure el delito se requiere que no exista permiso para el acceso a la base datos, al sistema, o a la red de computadoras.

Si se actúa con el fin de obtener un beneficio económico la pena será no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

El artículo 207º B se refiere al daño a la base de datos, aquí se trata de alterar, dañar, o destruir, la base de datos, red o programa de computadoras, reprimiéndose con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días de multa.

---

ciones tradicionales de usar la tecnología para controlar la sociedad». FERNÁNDEZ CALVO, Rafael, «Glosario Básico inglés-español para usuarios de Internet», 4ª edición, con vocabulario español-inglés, http://www.ati.es/novatica/glointv2.html

[115] Phracker, «Pirata informático especializado en utilizar las redes telefónicas para acceder a sistemas ajenos o a menudo solamente para evitar pagar las facturas telefónicas». FERNÁNDEZ CALVO, Rafael, *Glosario Básico inglés-español para usuarios de Internet*, 4ª edición, con vocabulario español-inglés, http://www.ati.es/novatica/glointv2.html

[116] Snifer (husmeador), «Programa que busca una cadena numérica o de caracteres en los paquetes que atraviesa un nodo con objeto de conseguir alguna información. Normalmente se usa con fines ilegales». FERNÁNDEZ CALVO, Rafael, *Glosario Básico inglés-español para usuarios de Internet*, 4ª edición, con vocabulario español-inglés, en http://www.ati.es/novatica/glointv2.html

En este caso las acciones se encaminan a la alteración, daño o destrucción por medio de virus o bombas lógicas

El artículo 207º C considera como causas agravantes el acceso a la base de datos, sistema o red de computación si se hace uso de una información privilegiada obtenida en función a su cargo, o que el agente ponga en peligro la seguridad nacional, en este caso la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años.

LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES
LEY N° 27269 [1]
(28 de mayo de 2000)

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
POR CUANTO:
El Congreso de la República
ha dado la Ley siguiente:
EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES

Artículo 1°.- *Objeto de la ley.-* La presente ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

Entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

Artículo 2°.- *Ámbito de aplicación.-* La presente ley se aplica a aquellas firmas electrónicas que, puestas sobre un mensaje de datos o añadidas o asociadas lógicamente a los mismos, puedan vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos.

DE LA FIRMA DIGITAL

Artículo 3°.- *Firma digital.-* La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

DEL TITULAR DE LA FIRMA DIGITAL

Artículo 4°.- *Titular de la firma digital.-* El titular de la firma digital es la persona a la que se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital que contiene una firma digital, identificándolo objetivamente en relación con el mensaje de datos.

Artículo 5°.- *Obligaciones del titular de la firma digital.-* El titular de la firma digital tiene la obligación de brindar a las entidades de certificación y a los terceros con quienes se relacione a través de la utilización de la firma digital, declaraciones o manifestaciones materiales exactas y completas.

---

[1] Reglamentado por el D.S. N° 019-2002-JUS, publicado el 18/05/2002

DE LOS CERTIFICADOS DIGITALES

Artículo 6°.- *Certificado digital.-* El certificado digital es el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de claves con una persona determinada, confirmando su identidad.

Artículo 7°.- *Contenido del certificado digital.-* Los certificados digitales emitidos por las entidades de certificación deben contener al menos:

1. Datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor.
2. Datos que identifiquen a la Entidad de Certificación.
3. La clave pública.
4. La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos.
5. Número de serie del certificado.
6. Vigencia del certificado.
7. Firma digital de la Entidad de Certificación.

Artículo 8°.- *Confidencialidad de la información.-* La entidad de registro recabará los datos personales del solicitante de la firma digital directamente de éste y para los fines señalados en la presente Ley.

Asimismo, la información relativa a las claves privadas y datos que no sean materia de certificación se mantiene bajo la reserva correspondiente. Sólo puede ser levantada por orden judicial o pedido expreso del suscriptor de la firma digital.

Artículo 9°.- *Cancelación del certificado digital.-* La cancelación del certificado digital puede darse:

1. A solicitud del titular de la firma digital.
2. Por revocatoria de la entidad certificante.
3. Por expiración del plazo de vigencia.
4. Por cese de operaciones de la Entidad de Certificación.

Artículo 10°.- *Revocación del certificado digital.-* La Entidad de Certificación revocará el certificado digital en los siguientes casos:

1. Se determine que la información contenida en el certificado digital es inexacta o ha sido modificada.
2. Por muerte del titular de la firma digital.
3. Por incumplimiento derivado de la relación contractual con la Entidad de Certificación.

Artículo 11°.- Los Certificados de Firmas Digitales emitidos por Entidades Extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocidas en la presente Ley, siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por la autoridad administrativa competente.[2]

---

[2] Artículo modificado por el Art. Único de la Ley 27310, publicada el 17/07/2000

DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACION Y DE REGISTRO

Artículo 12°.- ***Entidad de Certificación.-*** La Entidad de Certificación cumple con la función de emitir o cancelar certificados digitales, así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o del comercio electrónico en general.

Las Entidades de Certificación podrán igualmente asumir las funciones de Entidades de Registro o Verificación.

Artículo 13°.- ***Entidad de Registro o Verificación.-*** La Entidad de Registro o Verificación cumple con la función de levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital; identificación y autenticación del suscriptor de firma digital; aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales; aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

Artículo 14°.- ***Depósito de los Certificados Digitales.-*** Cada Entidad de Certificación debe contar con un Registro disponible en forma permanente, que servirá para constatar la clave pública de determinado certificado y no podrá ser usado para fines distintos a los estipulados en la presente Ley.

El Registro contará con una sección referida a los certificados digitales que hayan sido emitidos y figurarán las circunstancias que afecten la cancelación o vigencia de los mismos, debiendo constar la fecha y hora de inicio y fecha y hora de finalización.

A dicho Registro podrá accederse por medios telemáticos y su contenido estará a disposición de las personas que lo soliciten.

Artículo 15°.- ***Inscripción de Entidades de Certificación y de Registro o Verificación.-*** El Poder Ejecutivo, por Decreto Supremo, determinará la autoridad administrativa competente y señalará sus funciones y facultades.

La autoridad competente se encargará del Registro de Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación, las mismas que deberán cumplir con los estándares técnicos internacionales.

Los datos que contendrá el referido Registro deben cumplir principalmente con la función de identificar a las Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación.

Artículo 16°.- ***Reglamentación.-*** El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley en un plazo de 60 (sesenta) días calendario, contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Mientras se cree el Registro señalado en el Artículo 15°, la validez de los actos celebrados por Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación, en el ámbito de la presente Ley, está condicionada a la inscripción respectiva dentro de los 45 (cuarenta y cinco) días siguientes a la creación del referido Registro.

Segunda.- El Reglamento de la presente Ley incluirá un glosario de términos referidos a esta Ley y a las firmas electrónicas en general, observando las definiciones establecidas por los organismos internacionales de los que el Perú es parte.

Tercera.- La autoridad competente podrá aprobar la utilización de otras tecnologías de firmas electrónicas siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la presente Ley, debiendo establecer el Reglamento las disposiciones que sean necesarias para su adecuación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ocho días del mes de mayo del dos mil.

MARTHA HILDEBRANDT PEREZ TREVIÑO
Presidenta del Congreso de la República

RICARDO MARCENARO FRERS
Primer Vicepresidente del Congreso de la República.

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de mayo del año dos mil.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
Presidente Constitucional de la República

ALBERTO BUSTAMANTE BELAUNDE
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Justicia

REGLAMENTO DE LA LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES
DECRETO SUPREMO Nº 019-2002-JUS
(17 de mayo de 2002)

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley Nº 27269, se aprobó la Ley de Firmas y Certificados Digitales; disponiendo en su Artículo 16º, que el Poder Ejecutivo reglamentará la citada Ley.

Que, mediante Ley Nº 27310, se modificó el Artículo 11º de la referida Ley, en el sentido, que los Certificados de Firmas Digitales emitidos por Entidades Extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocidas en la Ley Nº 27269, siempre y cuando, tales certificados sean reconocidos por la Autoridad Administrativa Competente;

Que, la Autoridad Administrativa Competente de conformidad con lo establecido en el Artículo 15º de la Ley Nº 27269, será determinada por el Poder Ejecutivo, estableciendo sus funciones;

Que, por Resolución Suprema Nº 098-2000-JUS, se designó la Comisión Multisectorial encargada de elaborar el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales;

Que, mediante Resolución Suprema Nº 280-2001-JUS, se dio por concluida la labor de la Comisión Multisectorial citada en el considerando anterior, publicándose el Proyecto de Reglamento en el Diario Oficial para los comentarios y sugerencias del caso;

Que, el Ministerio de Justicia ha cumplido con evaluar los diversos comentarios y sugerencias recibidas, incorporándose los aportes pertinentes que han enriquecido y mejorado el Reglamento;

Que, es necesario aprobar el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales - Ley Nº 27269, que permitirá poner en práctica y difundir en el más breve plazo el uso de las Firmas Electrónicas, así como las Firmas y Certificados Digitales, a través de la adecuada regulación de las Entidades de Certificación y de las Entidades de Registro o Verificación;

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del Artículo 118º de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1º.- Aprobar el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales - Ley Nº 27269, que consta de tres (3) Títulos, cincuenta (50) Artículos y dos (2) Disposiciones Finales.

Artículo 2º.- Designar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) como la autoridad administrativa competente, conforme a lo establecido en el Artículo 15º de la Ley Nº 27269.

Artículo 3º.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Justicia.

Dado en la Casa de Gobierno, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil dos.

RAUL DIEZ CANSECO TERRY
Primer Vicepresidente de la República, Encargado del Despacho Presidencial

ROBERTO DAÑINO ZAPATA
Presidente del Consejo de Ministros

FERNANDO ROSPIGLIOSI C.
Ministro del Interior, Encargado de la Cartera de Justicia.

Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales - Ley N° 27269

TÍTULO I
Normas Generales

CAPÍTULO I

Artículo 1°.- *Objeto.-* El Reglamento regula, para el sector público y privado, la utilización de firmas electrónicas en mensaje de datos y documentos electrónicos, generadas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica comprendiendo el régimen de acreditación y supervisión de las entidades de certificación, así como de las entidades de registro o verificación establecidas en la Ley N° 27269 –Ley de Firmas y Certificados Digitales–, modificada en su Artículo 11° por la Ley N° 27310.

Cuando en el Reglamento se haga referencia a la Ley, debe entenderse referida a la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales. Cuando se mencione el Reglamento debe entenderse referido al presente Reglamento, de la Ley N° 27269.

Las firmas electrónicas aprobadas por la autoridad administrativa competente, tienen, desde su aprobación los mismos efectos que las firmas generadas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica conforme a lo establecido en el Reglamento.

Artículo 2°.- *Principio de la autonomía de la voluntad.-* Las disposiciones contenidas en el Reglamento no restringen la autonomía privada para el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, ni afecta los pactos que acuerden las partes sobre validez y eficacia jurídica de la firma electrónica conforme a lo establecido en el Artículo 1° de la Ley.

Artículo 3°.- *Régimen de servicios de certificación.-* La prestación de servicios de certificación así como los de registro o verificación se sustenta en el principio de libre competencia y en el marco de una economía social de mercado.

Artículo 4°.- *Definiciones.-* Para efectos del Reglamento, entiéndase por:

Acreditación.- Proceso a través del cual la autoridad administrativa competente, previo cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ley, faculta a las entidades solicitantes reguladas en el Reglamento a prestar los servicios solicitados en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

Agente automatizado.- Procesos y equipos programados para atender requerimientos predefinidos y dar una respuesta automática sin intervención humana, en dicha fase.

Algoritmo.- Conjunto ordenado y finito de operaciones matemáticas que permiten hallar la solución a un problema.

Autenticación.- Proceso técnico que permite determinar la identidad de la persona que firma electrónicamente, en función del mensaje firmado por éste y al cual se le vincula; este proceso no otorga certificación notarial ni fe pública.

Autoridad Administrativa Competente.- Organismo público responsable de acreditar a las entidades de certificación y a las entidades de registro o verificación, de reconocer los estándares tecnológicos aplicables en la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, de supervisar dicha Infraestructura, y las otras funciones señaladas en el Reglamento o aquéllas que requiera en el transcurso de sus operaciones.

Certificado digital.- Documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación el cual vincula un par de claves con una persona natural o jurídica confirmando su identidad.

Certificación Cruzada.- Acto por el cual una entidad de certificación acreditada reconoce la corrección y validez de un certificado digital emitido por otra entidad de certificación, sea nacional, extranjera o internacional, previa autorización de la autoridad administrativa competente; y asume tal certificado como si fuera de propia emisión, bajo su responsabilidad.

Clave privada.- En un sistema de criptografía asimétrica, es aquélla que se emplea para generar una firma digital sobre un mensaje de datos y es mantenida en reserva por el titular de la firma digital.

Clave pública.- En un sistema de criptografía asimétrica, es aquélla usada por el destinatario de un mensaje de datos para verificar la firma digital puesta en dicho mensaje y que puede ser conocida por cualquier persona.

Código de verificación.- Secuencia de bits de longitud fija obtenida como resultado de procesar un mensaje de datos con un algoritmo, de tal manera que: (1) El mensaje de datos produzca siempre el mismo código de verificación cada vez que se le aplique dicho algoritmo. (2) Sea improbable, a través de medios técnicos, que el mensaje de datos pueda ser derivado o reconstruido a partir del código de verificación producido por el algoritmo. (3) Sea improbable que, por medios técnicos, se pueda encontrar dos mensajes de datos que produzcan el mismo código de verificación al usar el mismo algoritmo.

Criptografía asimétrica.- Es una técnica basada en el uso de un único par de claves; una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí de tal manera que una no pueda operar sin la otra y de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

Declaración de prácticas de certificación.- Documento oficialmente presentado por una entidad de certificación a la Autoridad Administrativa Competente, mediante la cual define sus Prácticas de Certificación.

Declaración de Prácticas de Registro o Verificación.- Documento oficialmente presentado por una Entidad de Registro o Verificación a la Autoridad Administrativa Competente, mediante la cual define sus Prácticas de Registro o Verificación.

Depósito de certificados digitales.- Sistema de almacenamiento y recuperación de certificados digitales, así como de la información relativa a éstos, disponible por medios telemáticos.

Destinatario.- Persona designada por el iniciador para recibir un mensaje de datos o un documento electrónico, siempre y cuando no actúe a título de intermediario.

Documento Electrónico.- Conjunto de datos basados en bits o impulsos electromagnéticos, elaborados, generados, transmitidos, comunicados y archivados a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Entidad de Certificación.- Persona jurídica que presta indistintamente servicios de producción, emisión, gestión, cancelación u otros servicios inherentes a la certificación digital. Asimismo, puede asumir las funciones de registro o verificación.

Entidad de Certificación Extranjera.- La que no se encuentra domiciliada en el país, ni inscrita en los Registros Públicos del Perú, conforme a la legislación de la materia.

Entidad de Registro o Verificación.- Persona jurídica encargada del levantamiento de datos, la comprobación de éstos respecto a un solicitante de certificado digital, la aceptación y autorización de las solicitudes para la emisión de certificados digitales, así como de la aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

Estándares Técnicos Internacionales.- Requisitos de orden técnico y de uso internacional que deben observarse en las Prácticas de Certificación para garantizar el intercambio de claves públicas, y la emisión de firmas y certificados digitales, mediante criptografía asimétrica.

Estándares Técnicos Nacionales.- Estándares técnicos aprobados mediante Normas Técnicas Peruanas por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales - CRT del INDECOPI, en su calidad de Organismo Nacional de Normalización.

Firma digital.- Aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica y que tiene la finalidad de asegurar la integridad del mensaje de datos a través de un código de verificación, así como la vinculación entre el titular de la firma digital y el mensaje de datos remitido.

Firma electrónica.- Cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse, autenticar y garantizar la integridad de un documento electrónico o un mensaje de datos cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

Reconocimiento.- Proceso a través del cual la autoridad administrativa competente, equipara y reconoce oficialmente a las entidades de certificación extranjeras.

Infraestructura Oficial de Firma Digital.- Sistema confiable, acreditado, regulado, y supervisado por la autoridad administrativa competente en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica mediante el uso de tecnología de firma digital, en la que participan entidades de certificación y entidades de registro o verificación acreditadas ante la autoridad administrativa competente.

Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.- Sistema confiable, acreditado, regulado, y supervisado por la autoridad administrativa competente constituido por programas, equipos, estándares, políticas, procesos, procedimientos u otros recursos que permiten la generación de firmas electrónicas y que garantizan la autenticación e integridad de los documentos electrónicos.

Iniciador.- Persona que haya actuado por su cuenta o a cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar un mensaje de datos antes de ser archivado, pero que no haya actuado a título de intermediario.

Integridad.- Característica que indica que un mensaje de datos o un documento electrónico no han sido alterados desde la transmisión por el iniciador hasta su recepción por el destinatario.

Intermediación Digital.- Procedimiento facultativo al que se accede expresa y voluntariamente por el cual, en la transmisión de un mensaje de datos o documento por vía electrónica, con firma digital, interviene un Tercero Neutral que cumple con lo establecido por el Decreto Legislativo Nº 681 con el fin de grabar, almacenar y conservar los contenidos de mensajes de datos y documentos en un micro archivo; y certificar respecto a ellos, a solicitud de los interesados o de las autoridades competentes, los datos sobre su envío, fecha y hora de recepción por el destinatario; identificación del emisor; y el contenido, autenticidad y no alteración de los textos; y cualquier otro legalmente posible. Pueden prestar este servicio aquellas personas que cumplen con las normas establecidas en el Decreto Legislativo Nº 681 y sus normas modificatorias y reglamentarias. [1]

Medios Telemáticos.- Conjunto de bienes y elementos técnicos informáticos que en unión con las telecomunicaciones permiten la generación, procesamiento, transmisión, comunicación y archivo de datos e información.

Mensaje de datos.- Es la información generada, transmitida, recibida, archivada, comunicada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo; tales como, el intercambio electrónico de datos (EDI, por sus siglas en inglés), el correo electrónico, el telegrama, el télex, el telefax, entre otros.

Neutralidad Tecnológica.- Principio que fomenta la creación y uso de diversas tecnologías, sin preferir, restringir, ni discriminar a ninguna de ellas.

Par de claves.- En un sistema de criptografía asimétrica, comprende una clave privada y su correspondiente clave pública, ambas asociadas matemáticamente.

Servicio de Valor Añadido en Firmas Electrónicas.- Servicio complementario a las funciones de certificación, verificación o registro al interior de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, como fuera de ella.

Tiempo Universal Coordinado (UTC).- Hora relacionada con el Meridiano de Greenwich.

Titular de certificado digital.- Persona natural o jurídica a quien se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital.

Titular de firma digital.- Persona natural a quien se le vincula de manera exclusiva con un mensaje de datos firmado digitalmente utilizando su clave privada.

Por excepción, en el caso de firmas digitales generadas a través de agentes automatizados, se considera titular de la firma digital a la persona natural o jurídica titular del certificado digital a partir del cual se generan dichas firmas digitales.

Tercero Neutral.- Persona facultada de conformidad con el Decreto Legislativo Nº 681 y sus normas modificatorias y reglamentarias, para grabar, almacenar o conservar, cuando corresponda los contenidos de mensajes transmitidos por vía electrónica. De acuerdo con lo dispuesto en las normas citadas, el Notario o Fedatario, con certificado de Idoneidad Técnica expide copia certificada de los mensajes de datos e insertos, con valor probatorio, certificando quién es el titular de la firma digital que se identifica con el mensaje de datos o documento, cuándo fue expedido y recibido, la no alteración de los textos y cualquier otro dato legalmente posible.[2]

---

[1] Sustituido por el Art. 1 del D.S. 024-2002-JUS, publicado el 12/07/2002

[2] Parte adicionada por el Art. 2 del D.S. 024-2002-JUS, publicado el 12/07/2002

CAPÍTULO II
VALIDEZ Y EFECTOS JURÍDICOS DE LAS FIRMAS Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Artículo 5°.- ***Firmas en la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.-*** Toda firma electrónica añadida o asociada lógicamente a un mensaje de datos o a un documento electrónico y generada bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, cumple con lo dispuesto en la Ley y el Reglamento.

Artículo 6°.- ***Validez de otras firmas electrónicas.-*** Para efectos de la manifestación de voluntad, las firmas electrónicas añadidas o asociadas lógicamente a un mensaje de datos o un documento electrónico y generadas fuera de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica tendrán la misma validez y eficacia jurídica que las firmas manuscritas, siempre que sean acreditadas o reconocidas por la autoridad administrativa competente.

Artículo 7°.- ***Documentos Firmados Electrónicamente como medio de prueba.-*** Las firmas electrónicas así como los mensajes de datos y documentos firmados electrónicamente podrán ser admitidas como prueba en toda clase de procesos o procedimientos. El Juez podrá solicitar a la autoridad administrativa competente el nombramiento de un perito especializado en firmas electrónicas.

En el caso de las firmas electrónicas que estén asociadas a un documento o mensaje de datos incorporado en un micro archivo adjunto por medio de la Intermediación Digital, el notario o fedatario, con Certificado de Idoneidad Técnica, interviniente cumplirá con las normas del Decreto Legislativo N° 681 y cuidará de cumplir aquellas normas que sean pertinentes de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y de este Reglamento.[3]

Artículo 8°.- ***Presunciones acerca de las firmas electrónicas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.-*** Tratándose de mensaje de datos o documentos firmados electrónicamente con firmas generadas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, se presume que el documento o mensaje de datos fue enviado y firmado por su titular, de manera tal que identifica y vincula al firmante, y garantiza la autenticación e integridad del mismo.

Las disposiciones y presunciones del Reglamento no excluyen el cumplimiento de las formalidades específicas requeridas para los actos jurídicos y el otorgamiento de fe pública.

Artículo 9°.- ***Tecnologías de firmas electrónicas al interior de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.-*** La Infraestructura Oficial de Firma Electrónica se puede basar en las siguientes tecnologías de firmas electrónicas:

a) Tecnologías de firmas digitales, sobre la cual se basa la Infraestructura Oficial de Firma Digital.

b) Otras tecnologías de firmas electrónicas que sean aprobadas por la autoridad administrativa competente de acuerdo con el principio de neutralidad tecnológica.

Artículo 10°.- ***Conservación de mensaje de datos o documentos electrónicos.-*** Cuando el usuario lo solicite o la legislación exija que los documentos, registros o informaciones requieran de una formalidad adicional para la conservación de mensaje de datos o documentos electrónicos firmados electrónicamente, deberá cumplirse con lo siguiente:

---

[3] Párrafo adicionado por el Art. 2 del D.S. 024-2002-JUS, publicado el 12/07/2002.

a) Que sean accesibles para su posterior consulta.

b) Que sean conservados con su formato original de generación, envío, recepción u otro formato que reproduzca en forma demostrable la exactitud e integridad del contenido digital o electrónico.

c) Que sea conservado todo dato que permita determinar el origen, destino, fecha y hora el envío y recepción, en concordancia con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 681 y sus normas complementarias.

Cuando los documentos y mensajes de datos firmados electrónicamente sean conservados mediante microformas y almacenados en microarchivos, se sujetarán a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 681 y sus normas modificatorias y reglamentarias. El notario o fedatario responsable, que cuente con certificado o diploma de idoneidad técnica, certifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo.

TÍTULO II
DE LA INFRAESTRUCTURA OFICIAL DE FIRMA DIGITAL

CAPÍTULO I
ASPECTOS GENERALES

Artículo 11°.- ***Elementos de la Infraestructura Oficial de Firma Digital.-*** La Infraestructura Oficial de Firma Digital está constituida por:

a) Prácticas de certificación basadas en estándares internacionales o compatibles a los empleados internacionalmente, de acuerdo con lo establecido por la autoridad administrativa competente.

b) El soporte lógico o conjunto de instrucciones para los equipos de cómputo y comunicaciones, los elementos físicos y demás componentes adecuados a las prácticas de certificación y a las condiciones de seguridad adicionales, comprendidas en los estándares señalados en el literal a).

c) Personal competente para la conducción de las prácticas de certificación y el mantenimiento de la Infraestructura Oficial de Firma Digital.

d) Sistema de gestión que permita el mantenimiento de las condiciones señaladas en los literales anteriores, así como la seguridad, confidencialidad, transparencia y no-discriminación en la prestación de sus servicios.

e) Autoridad administrativa competente, así como entidades de certificación y entidades de registro o verificación debidamente acreditadas o reconocidas.

Artículo 12°.- ***Estándares aplicables bajo la Infraestructura Oficial de Firma Digital.-*** Las prácticas de certificación comprendidas en la Infraestructura Oficial de Firma Digital deben estar basadas sobre los estándares técnicos internacionales vigentes que aseguren la interoperabilidad y las funciones exigidas en la Ley como en el Reglamento.

La autoridad administrativa competente determinará los estándares compatibles aplicando el principio de neutralidad tecnológica con la necesidad de cumplir los requisitos mencionados en el párrafo anterior.

CAPÍTULO II
DE LA FIRMA DIGITAL

Artículo 13°.- ***Firmas digitales generadas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Digital.-*** Las firmas digitales que gozan de las presunciones establecidas en los Artículos 6° y 8° del Reglamento son las generadas a partir de certificados digitales:

a) Emitidos conforme a lo dispuesto en el Reglamento por entidades de certificación acreditadas ante la autoridad administrativa competente.

b) Incorporados a la Infraestructura Oficial de Firma Digital bajo acuerdos de certificación cruzada, conforme al Artículo 49° del Reglamento.

c) Reconocidos al amparo de acuerdos de reconocimiento mutuo suscritos por la autoridad administrativa competente conforme al Artículo 47° del Reglamento.

d) Emitidos por entidades de certificación extranjeras que hayan sido incorporados por reconocimiento a la Infraestructura Oficial de Firma Digital conforme al Artículo 48° del Reglamento.

Artículo 14°.- ***Características de la firma digital.-*** Las características mínimas de la firma digital generadas bajo la Infraestructura Oficial de Firma Digital son:

a) Se genera al cifrar el código de verificación de un mensaje de datos usando la clave privada del titular del certificado digital.

b) Es única al titular de la firma digital y a cada mensaje de datos firmado por éste.

c) Es susceptible de ser verificada usando la clave pública del titular de la firma digital.

d) Su generación está bajo el control exclusivo del titular de la firma digital.

e) Está añadida o asociada lógicamente al mensaje de datos de tal manera que es posible detectar si la firma digital o el mensaje de datos ha sido alterado.

Artículo 15°.- ***Funciones de la firma digital.-*** Dadas las características señaladas en el artículo anterior, técnicamente la firma digital debe garantizar:

a) Que el mensaje de datos fue enviado y firmado con la clave privada del titular de la firma digital.

b) La integridad del mensaje de datos firmado digitalmente, dado que cualquier alteración en el mensaje de datos o en la firma digital puede ser detectada.

c) Que el titular de la firma digital no pueda repudiar o desconocer un mensaje de datos que ha sido firmado digitalmente usando su clave privada, dado que ésta se mantiene bajo su control exclusivo.

Artículo 16°.- ***Del titular de la firma digital.-*** Dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Digital, la responsabilidad sobre los efectos jurídicos generados por la utilización de una firma digital corresponde al titular del certificado digital.

Tratándose de personas naturales, éstas son titulares del certificado y de las firmas digitales que se generen a partir de aquél, incluyendo las firmas digitales que genere a través de agentes automatizados.

En el caso de personas jurídicas, son éstas las titulares del certificado digital, y sus representantes los titulares de la firma digital, con excepción de las firmas digitales que

se generen a través de agentes automatizados, situación en la cual las personas jurídicas son titulares del certificado y de las firmas digitales generadas a partir de éstos.

Artículo 17°.- *Obligaciones del titular de la firma digital.*- Las obligaciones del titular de la firma digital son:

a) Entregar información veraz bajo su responsabilidad.

b) Generar la clave privada y firmar digitalmente mediante los procedimientos señalados por la entidad de certificación.

c) Mantener el control y la reserva de la clave privada bajo su responsabilidad.

d) Observar las condiciones establecidas por la entidad de certificación para la utilización del certificado digital y la generación de firmas digitales.

Artículo 18°.- *Invalidez de la firma digital.*- Una firma digital generada bajo la Infraestructura Oficial de Firma Digital pierde validez si es utilizada:

a) En fines distintos para el que fue extendido el certificado digital.

b) Cuando el certificado haya sido cancelado conforme a lo establecido en el Capítulo IV del presente Título.

CAPÍTULO III
DEL CERTIFICADO DIGITAL

Artículo 19°.- *Requisitos para obtener un certificado digital.*- Para la obtención de un certificado digital el solicitante deberá acreditar lo siguiente:

a) Tratándose de personas naturales, tener plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

b) Tratándose de personas jurídicas, acreditar la existencia de la misma y su vigencia mediante los instrumentos públicos o norma legal respectivos.

Artículo 20°.- *Especificaciones adicionales para ser titular de un certificado digital.*- Para ser titular de un certificado digital adicionalmente se deberá cumplir con:

Entregar la información solicitada por la entidad de certificación o la entidad de registro o verificación, asumiendo responsabilidad por la veracidad y exactitud de la información proporcionada, sin perjuicio de la respectiva comprobación.

En el caso de personas naturales, la solicitud del certificado digital y el registro o verificación de su identidad son estrictamente personales. La persona natural solicitante se constituirá en titular del certificado digital y de las firmas digitales que se generen.

Para el caso de personas jurídicas, la solicitud del certificado digital del cual ésta será titular y el registro o verificación de su identidad deben ser realizados a través de un representante debidamente acreditado. Conjuntamente con la solicitud debe indicarse el representante, persona natural, al cual se le asignará la facultad de generar y usar la clave privada, señalando para tal efecto las atribuciones y los poderes de representación correspondientes. Dicha persona natural será el titular de las firmas digitales. Tratándose de certificados digitales solicitados por personas jurídicas para su utilización a través de agentes automatizados, la titularidad del certificado digital y de las firmas digitales generadas a partir de dicho certificado digital corresponderá a la persona jurídica. La atribución de responsabilidad, para tales efectos, corresponde al representante legal, que en nombre de la persona jurídica solicita el certificado digital.

Artículo 21°.- ***Procedimiento para ser titular de un certificado digital.-*** Para el caso de personas naturales, éstas deberán presentar una solicitud a la entidad de registro o verificación, según sea el caso; dicha solicitud deberá estar acompañada de toda la información requerida por la declaración de prácticas de certificación o en los procedimientos declarados. La entidad de registro o verificación deberá comprobar la identidad del solicitante a través de su documento oficial de identidad. La entidad de certificación cumplirá lo dispuesto en el presente artículo, en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 12° de la Ley.

En el caso de una persona jurídica, la solicitud deberá ser presentada por la persona facultada para tal fin, debiendo acreditar la existencia y vigencia de la persona jurídica mediante los instrumentos públicos o norma legal respectiva, así como las facultades del representante. Asimismo, deberá presentar toda la información requerida por la declaración de prácticas de la entidad correspondiente.

Artículo 22°.- ***Obligaciones del titular de certificado digital.-***

a) Actualizar permanentemente la información proveída tanto a la entidad de certificación como a la entidad de registro o verificación asumiendo responsabilidad por la veracidad y exactitud de ésta.

b) Solicitar de inmediato la cancelación de su certificado digital en caso de que la reserva sobre la clave privada se haya visto comprometida, bajo responsabilidad.

c) Observar permanentemente las condiciones establecidas por la entidad de certificación para la utilización del certificado digital.

Artículo 23°.- ***Contenido del certificado digital.-*** Los certificados digitales emitidos dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Digital deberán contener como mínimo lo establecido en el Artículo 7° de la Ley.

La entidad de certificación podrá incluir, a pedido del solicitante del certificado digital, información adicional siempre y cuando la entidad de registro o verificación compruebe fehacientemente la veracidad de ésta.

Artículo 24°.- ***Período de vigencia.-*** El período de vigencia de los certificados digitales comienza y finaliza en las fechas indicadas en él, salvo en los supuestos de cancelación conforme al Artículo 9° de la Ley.

CAPÍTULO IV
DE LA CANCELACIÓN DE CERTIFICADOS DIGITALES

Artículo 25°.- ***Causales de cancelación del certificado digital.-***

a) Por solicitud del titular sin previa justificación, siendo necesario para tal efecto la aceptación y autorización de la entidad de certificación o la entidad de registro o verificación, según sea el caso. La misma que deberá ser aceptada y autorizada como máximo dentro del plazo establecido por la autoridad administrativa competente, si en el plazo indicado la entidad no se pronuncia, se entenderá la cancelación del certificado; la misma que no podrá ser opuesta al tercero de buena fe.

b) Por revocatoria de la entidad de certificación, con expresión de causa.

c) Por expiración del plazo de vigencia.

d) Por el cese de operaciones de la entidad de certificación que lo emitió.

e) Por resolución administrativa o judicial que lo ordene.

f) Por interdicción civil judicialmente declarada, declaración de ausencia o de muerte presunta, del titular del certificado digital.

g) Por extinción de la personería jurídica o declaración judicial de quiebra.

h) Otras causales que establezca la autoridad administrativa competente.

Artículo 26°.- *Cancelación del certificado digital a solicitud de su titular.*-La solicitud de cancelación de un certificado digital puede ser realizada por su titular o a través de un representante debidamente acreditado; pudiendo realizarse mediante documento electrónico firmado digitalmente, de acuerdo con los procedimientos definidos en cada caso por las entidades de certificación.

El titular del certificado digital está obligado, bajo responsabilidad, a solicitar la cancelación al tomar conocimiento de la ocurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Por exposición, puesta en peligro o uso indebido de la clave privada.

b) Por deterioro, alteración o cualquier otro hecho u acto que afecte la clave privada.

Artículo 27°.- *Cancelación por revocación.*- Para efectos de la cancelación de oficio o revocación de certificados digitales, la entidad de certificación debe contar con procedimientos detallados en su declaración de prácticas de certificación.

La revocación también puede ser solicitada por un tercero que informe fehacientemente de alguno de los supuestos de revocación contenidos en los numerales 1) y 2) del Artículo 10° de la Ley.

La revocación debe indicar el momento desde el cual se aplica, precisando como mínimo la fecha y el tiempo del mismo, que deberá estar expresado en minutos y segundos. La revocación no puede ser aplicada retroactivamente y debe ser notificada al titular del certificado digital. La entidad de certificación debe inmediatamente incluir la revocación del certificado en la relación que corresponda.

CAPÍTULO V
DE LA ENTIDAD DE CERTIFICACIÓN

Artículo 28°.- *De las funciones de la entidad de certificación.*- Las entidades de certificación tendrán las siguientes funciones:

a) Emitir certificados digitales manteniendo su numeración correlativa.

b) Cancelar certificados digitales.

c) Gestionar certificados digitales emitidos en el extranjero.

d) Adicionalmente a las anteriores las señaladas en el Artículo 32° del Reglamento, en caso opten por asumir las funciones de entidad de registro o verificación.

Las entidades de certificación podrán brindar otros servicios inherentes a los de certificación, cuyas características y procedimientos estarán contenidos en su declaración de prácticas de certificación.

Artículo 29°.- *De las obligaciones de la entidad de certificación.*- Las entidades de certificación tienen las siguientes obligaciones:

a) Cumplir con su declaración de prácticas de certificación.

b) Informar a los usuarios todas las condiciones de emisión y de uso de sus certificados digitales, incluyendo las referidas a la cancelación de éstos.

c) Mantener el control y la reserva de la clave privada que emplea para firmar los certificados digitales que emite, bajo responsabilidad.

d) Mantener depósito de los certificados digitales emitidos y cancelados, consignando su fecha de emisión y vigencia.

e) Publicar permanente e ininterrumpidamente por medios telemáticos la relación de los certificados digitales emitidos y cancelados.

f) Cancelar el certificado digital a solicitud de su titular o, de ser el caso, a solicitud del titular de la firma digital; o cuando advierta que la información contenida en el certificado digital fuera inexacta o hubiera sido modificada, o que el titular incurriera en alguna de las causales previstas en el Artículo 25° del Reglamento.

g) Mantener la confidencialidad de la información relativa a los solicitantes y titulares de certificados digitales, limitando su empleo a las necesidades propias del servicio de certificación, salvo orden judicial o pedido expreso del titular del certificado digital.

h) Brindar todas las facilidades al personal autorizado por la autoridad administrativa competente para efectos de supervisión y auditoría.

i) Mantener la información relativa a los certificados digitales que hubieren sido cancelados, por un periodo mínimo de diez (10) años a partir de su cancelación.

j) Cumplir los términos bajo los cuales obtuvo la acreditación, así como los requerimientos adicionales que establezca la autoridad administrativa competente conforme a lo establecido en el Reglamento.

k) Informar y solicitar autorización a la autoridad administrativa competente para realizar acuerdos de certificación cruzada que proyecte celebrar, así como los términos bajo los cuales dichos acuerdos se suscribirían.

l) Informar y solicitar autorización a la autoridad administrativa competente para efectos del reconocimiento de certificados emitidos por entidades extranjeras.

m) Cumplir sus funciones dentro de los plazos señalados en su declaración de prácticas de certificación.

n) Contratar los seguros o garantías bancarias necesarias que permitan indemnizar al titular por los daños que pueda ocasionar como resultado de las actividades de certificación.

Artículo 30°.- *Respaldo financiero.-* Las entidades de certificación acreditadas o reconocidas deberán contar con el respaldo económico suficiente para operar bajo la Infraestructura Oficial de Firma Digital, así como para afrontar el riesgo de responsabilidad por daños, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento. La autoridad administrativa competente definirá los criterios para evaluar el cumplimiento de este requisito.

Artículo 31°.- *Del cese de operaciones de la entidad de certificación.-* La entidad de certificación cesa sus operaciones en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Digital, en los siguientes casos:

a) Por decisión unilateral comunicada ante la autoridad administrativa competente, asumiendo la responsabilidad del caso por dicha decisión.

b) Por extinción de su personería jurídica.

c) Por revocación de su registro.

d) Por decisión motivada de la autoridad administrativa competente.

e) Por resolución judicial.

f) Por liquidación, decidida por la junta de acreedores en el marco de la legislación concursal, o resolución judicial de quiebra.

Para los supuestos contemplados en los incisos a) y b) la autoridad administrativa competente establecerá el plazo en el cual las entidades de certificación notificarán tanto a aquélla como a los titulares de certificados digitales el cese de sus actividades. La autoridad administrativa competente deberá adoptar las medidas necesarias para preservar las obligaciones contenidas en los incisos d), g) e i) del Artículo 29° del Reglamento.

La autoridad administrativa competente reglamentará los procedimientos para hacer público el cese de operaciones de las entidades de certificación.

Los certificados digitales emitidos por una entidad de certificación cuyas operaciones han cesado deben ser cancelados a partir del día, hora, minuto y segundo en que se aplica el cese. El uso de certificados digitales con posterioridad a su cancelación implica la pérdida de las presunciones descritas en los Artículos 6° y 8° del Reglamento.

CAPÍTULO VI
DE LA ENTIDAD DE REGISTRO O VERIFICACIÓN

Artículo 32°.- ***De las funciones de la entidad de registro o verificación.-*** Las entidades de registro o verificación tienen las siguientes funciones:

a) Identificar al solicitante del certificado digital mediante el levantamiento de datos y la comprobación de la información brindada por aquél.

b) Aceptar, autorizar según sea el caso, la conformidad de las solicitudes de emisión, modificación o cancelación de certificados digitales, comunicándolo a la entidad de certificación bajo responsabilidad.

Artículo 33°.- ***De las obligaciones de la entidad de registro o verificación.-*** Las entidades de registro o verificación acreditadas tienen las siguientes obligaciones:

a) Cumplir los procedimientos declarados para la prestación del servicio.

b) Determinar objetivamente y en forma directa la veracidad de la información proporcionada por el solicitante de certificado digital bajo responsabilidad.

c) Mantener la confidencialidad de la información relativa a los solicitantes y titulares de certificados digitales limitando su empleo a las necesidades propias del servicio de registro o verificación, salvo orden judicial o pedido expreso del titular del certificado digital.

d) Recoger únicamente información o datos personales de relevancia para la emisión de los certificados.

e) Informar y solicitar autorización a la autoridad administrativa, especialmente en el supuesto previsto en el Artículo 48° del Reglamento.

f) Acreditar domicilio en el Perú.

g) Contratar los seguros necesarios que le permitan indemnizar por los daños que puedan ocasionar como resultado de las actividades de registro o verificación.

Artículo 34°.- ***Respaldo financiero.-*** Las entidades de registro o verificación acreditada deberán contar con el respaldo económico suficiente para operar bajo la Infraestructura Oficial de Firma Digital; así como para afrontar el riesgo de responsabilidad por daños, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y por el Reglamento. La autoridad administrativa competente definirá los criterios para evaluar el cumplimiento de este requisito.

Artículo 35°.- ***Del cese de operaciones de la entidad de registro o verificación.-*** La entidad de registro o verificación cesa de operar en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Digital:

a) Por decisión unilateral comunicada ante la autoridad administrativa competente, asumiendo la responsabilidad del caso por dicha decisión.

b) Por extinción de su personería jurídica.

c) Por revocación de su registro.

d) Por sanción dispuesta por la autoridad administrativa competente.

e) Por orden judicial.

f) Por liquidación, decidida por la junta de acreedores en el marco de la legislación concursal, o resolución judicial de quiebra.

Para los supuestos contenidos en los incisos a) y b), la entidad de registro o verificación debe notificar el cese de sus actividades a la autoridad administrativa competente con una anticipación mínima que será establecida por ésta, debiendo dejar constancia ante aquélla de los mecanismos utilizados para preservar el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso c) del Artículo 33° del Reglamento.

TÍTULO III
DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE

CAPÍTULO I
FUNCIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE

Artículo 36°.- ***Designación y funciones.-*** Conforme a lo establecido en el Artículo 15° de la Ley, se designa al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) como la autoridad administrativa competente.

La autoridad administrativa competente tiene las siguientes funciones:

a) Aprobar la política de certificados y las declaraciones de prácticas de certificación.

b) Acreditar entidades de certificación nacionales y reconocer a las entidades de certificación extranjeras.

c) Acreditar entidades de registro o verificación.

d) Supervisar a las entidades de certificación y a las entidades de registro o verificación, estableciendo de ser el caso las sanciones correspondientes.

e) Cancelar las acreditaciones otorgadas a las entidades de certificación y a las entidades de registro o verificación conforme a lo dispuesto en el Reglamento.

f) Publicar ininterrumpidamente la relación de entidades acreditadas.

g) Aprobar el empleo de estándares técnicos internacionales dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica y determinar la compatibilidad de otros estándares técnicos con los estándares internacionales.

h) Formular los criterios para el establecimiento de la idoneidad técnica que deberán cumplir quienes presten servicios en las materias reguladas por la Ley y el Reglamento, así como aquéllas relacionadas con la prevención y solución de conflictos.

i) Establecer los requisitos mínimos para la prestación de los servicios de certificación y los servicios de registro o verificación.

j) Impulsar la solución de conflictos por medio de la conciliación y el arbitraje.

k) Definir los criterios para evaluar la suficiencia del respaldo financiero con el que deben contar las entidades de certificación y las entidades de registro o verificación.

l) Aprobar la utilización de otras tecnologías de firmas electrónicas distintas a las firmas digitales, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 2° de la Ley y regular su utilización al interior de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

m) Suscribir acuerdos de reconocimiento mutuo con autoridades administrativas extranjeras que cumplan funciones similares a las de la autoridad administrativa competente.

n) Autorizar la realización de certificaciones cruzadas con entidades de certificación extranjeras.

o) Delegar a terceros bajo sus órdenes y responsabilidad las funciones que determine.

p) Fomentar y coordinar el uso y desarrollo de la Infraestructura Oficial de Firma electrónica en las entidades del sector público nacional.

q) Aprobar y regular los servicios de valor añadido al interior de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

r) Las demás que sean necesarias para el buen funcionamiento de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

CAPÍTULO II
REGIMEN DE ACREDITACIÓN DE ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN Y DE LAS ENTIDADES DE REGISTRO O VERIFICACIÓN

Artículo 37°.- *Acreditación de Entidades de Certificación.*- Las entidades que soliciten su acreditación como entidades de certificación ante la autoridad administrativa competente deben contar con los elementos de la Infraestructura Oficial de Firma Digital

señalados en los incisos a), b), c) y d) del Artículo 11°, y someterse al procedimiento de evaluación comprendido en el Artículo 41° del Reglamento.

Cuando alguno de los elementos señalados en el párrafo precedente sea administrado por un tercero, la entidad solicitante deberá demostrar su vinculación con aquél, asegurando la viabilidad de sus servicios bajo dichas condiciones, y la disponibilidad de estos elementos para la evaluación y supervisión que la autoridad administrativa competente considere necesarias. La autoridad administrativa competente, de ser el caso, precisará los términos bajo los cuales se rigen estos supuestos del servicio de certificación.

Artículo 38°.- ***Presentación de la solicitud de acreditación de entidad de certificación.-*** La solicitud de acreditación de entidades de certificación debe presentarse a la autoridad administrativa competente, observando lo dispuesto en el artículo anterior y adjuntando lo siguiente:

a) Acreditación de la existencia y vigencia de la persona jurídica mediante los instrumentos públicos o norma legal respectivos, así como las facultades del representante.

b) Acreditar domicilio en el país.

c) Declaración jurada de contar con la infraestructura e instalaciones necesarias para la prestación del servicio, así como la declaración jurada de aceptación de la visita comprobatoria de la autoridad administrativa competente.

d) Declaración de prácticas de certificación y documentación que comprenda el sistema de gestión implementado conforme a los incisos a) y d) del Artículo 11° del Reglamento.

e) Declaración jurada del cumplimiento de los requisitos señalados en los incisos b) y c) del Artículo 11° del Reglamento; información que será comprobada por la autoridad administrativa competente.

f) Documentación que acredite el cumplimiento de lo dispuesto en los Artículos 29° y 30° del Reglamento y demás que la autoridad administrativa competente señale.

g) Informe favorable de la entidad sectorial correspondiente, cuando lo solicite la autoridad administrativa competente, para el caso de personas jurídicas supervisadas, respecto de la legalidad y seguridad para el desempeño de actividades de certificación.

Artículo 39°.- ***Acreditación de Entidades de Registro o Verificación.-*** Las entidades que soliciten su acreditación como entidades de registro o verificación ante la autoridad administrativa competente deben contar con procedimientos para la prestación de sus servicios, los mismos que tendrán que asegurar la verificación directa de la identidad del solicitante.

Artículo 40°.- ***Presentación de la solicitud de acreditación de Entidades de Registro o Verificación.-*** La solicitud para la acreditación de entidades de registro o verificación debe presentarse a la autoridad administrativa competente, observando lo dispuesto en el artículo anterior y adjuntando la información y documentos siguientes:

a) Acreditación de la existencia y vigencia de la persona jurídica mediante los instrumentos públicos o norma legal respectivos, así como las facultades del representante.

b) Acreditar domicilio en el país.

c) Declaración jurada de contar con la infraestructura e instalaciones necesarias para la prestación del servicio, así como la declaración jurada de aceptación de la visita comprobatoria de la autoridad administrativa competente.

d) Procedimientos detallados que garanticen el cumplimiento de las funciones establecidas en el Reglamento.

e) Declaración de prácticas de verificación o registro.

f) Declaración jurada del cumplimiento de los requisitos señalados en los Artículos 33° y 34° del Reglamento.

Artículo 41°.- *Procedimiento Administrativo de la Acreditación.-* Admitida la solicitud, la autoridad administrativa competente procederá a la evaluación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley como en el Reglamento.

La evaluación de los requisitos de competencia técnica de la entidad de certificación o de registro o verificación solicitante podrá ser realizada directamente por la autoridad administrativa competente, o a través de terceros, o reconociendo aquéllas realizadas en el extranjero por otras autoridades extranjeras que cumplan funciones equivalentes a las de la autoridad administrativa competente, y siempre que los requisitos evaluados por ellas sean equivalentes a los requisitos comprendidos en el Reglamento.

Artículo 42°.- *Reconocimiento de evaluaciones en el extranjero.-* La autoridad administrativa competente reconocerá las evaluaciones sobre los requisitos de competencia técnica de la entidad de certificación solicitante realizadas en el extranjero siempre y cuando se cumplan con las normas establecidas por la autoridad administrativa competente en el marco del Reglamento.

Artículo 43°.- *Subsanación de observaciones.-* Dentro del procedimiento podrán subsanarse las deficiencias técnicas observadas durante la evaluación. La entidades podrán solicitar la suspensión del procedimiento a fin de implementar las medidas necesarias para superar estas dificultades.

Si culminada la etapa de evaluación, se mantienen observaciones, se denegará el Registro y se archivará el procedimiento.

Artículo 44°.- *Costos del Registro y otros procedimientos.-* Las entidades solicitantes asumirán los costos por la tramitación del procedimiento, y aquéllos por evaluación, auditoría y demás previstos por la autoridad administrativa competente.

Artículo 45°.- *Otorgamiento y vigencia de la Acreditación.-* La acreditación se otorga por un período de 10 años, renovables por períodos similares. Durante dicho período la Entidad beneficiaria estará sujeta a evaluaciones técnicas anuales para mantener la vigencia de la referida acreditación.

Artículo 46°.- *Cancelación de la Acreditación.-* La cancelación de la acreditación procede por:

a) Solicitud de la entidad de certificación o de la entidad de verificación o registro.

b) Extinción de su personería jurídica.

c) Sanción impuesta por la autoridad administrativa competente o por decisión judicial.

d) Por liquidación, decidida por la junta de acreedores en el marco de la legislación concursal o resolución judicial de quiebra.

CAPÍTULO III
DE LOS CERTIFICADOS EMITIDOS POR ENTIDADES EXTRANJERAS

Artículo 47°.- ***Acuerdos de reconocimiento mutuo.-*** La autoridad administrativa competente podrá suscribir acuerdos de reconocimiento mutuo con entidades similares, a fin de reconocer la validez de certificados digitales otorgados en el extranjero y extender la validez de la Infraestructura Oficial de Firma Digital. Los acuerdos de reconocimiento mutuo deben garantizar en forma equivalente las funciones exigidas por la Ley como en el Reglamento.

Artículo 48°.- ***Reconocimiento de certificados emitidos por entidades extranjeras.-*** La autoridad administrativa competente podrá reconocer certificados digitales emitidos por entidades extranjeras, de acuerdo con las prácticas y políticas que para tal efecto apruebe, las mismas que deben velar por el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades establecidas en el Reglamento u otra norma posterior. Asimismo, podrá autorizar la operación de aquellas entidades de certificación nacionales que utilicen los servicios de entidades de certificación extranjera, de verificarse tal supuesto, las entidades nacionales asumirán las responsabilidades del caso.

Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo precedente, la entidad extranjera deberá comunicar a la autoridad administrativa competente el nombre de aquellas entidades de certificación que autorizarán las solicitudes de emisión de certificados digitales así como la gestión de los mismos.

La autoridad administrativa competente emitirá las normas que aseguren el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo; así como los mecanismos adecuados de información a los agentes del mercado.

Artículo 49°.- ***Certificación cruzada.-*** Las entidades de certificación acreditadas pueden realizar certificaciones cruzadas con entidades de certificación extranjeras a fin de reconocer los certificados digitales que éstas emitan en el extranjero incorporándolas como suyos dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Digital de conformidad con el Artículo 11° de la Ley, siempre y cuando obtengan autorización previa de la autoridad administrativa competente.

Las entidades que presten servicios de acuerdo a lo establecido en el párrafo precedente, asumirán responsabilidad de daños y perjuicios por la gestión de tales certificados.

Las entidades de certificación acreditadas que realicen certificaciones cruzadas conforme al primer párrafo del presente artículo, garantizarán ante la autoridad administrativa competente que los certificados digitales reconocidos han sido emitidos bajo requisitos equivalentes a los exigidos en la Infraestructura Oficial de Firma Digital, y que cumplen las funciones señaladas en el Artículo 2° de la Ley.

CAPÍTULO IV
SUPERVISIÓN DE ENTIDADES ACREDITADAS

Artículo 50°.- ***Facultades de Supervisión.-*** La autoridad administrativa competente tiene la facultad de verificar la correcta prestación de los servicios de certificación así como de los servicios de registro o verificación y el cumplimiento de las obligaciones legales y técnicas por parte de las entidades acreditadas que operen bajo la Infraestructura

Oficial de Firma Electrónica, así como la facultad de verificar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, el Reglamento, y en sus Resoluciones.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo Primero.- Las entidades del Sector Público Nacional pueden suscribir acuerdos de cooperación con sus similares a nivel mundial o con instituciones de cooperación, para recibir apoyo, asesoría y financiamiento para el desarrollo del comercio electrónico en general, las firmas electrónicas y las firmas y certificados digitales en particular.

Artículo Segundo.- Las entidades de certificación deben establecer procedimientos ágiles y sencillos para que sus usuarios puedan presentar directamente reclamaciones por la prestación de sus servicios, las mismas que deberán ser atendidas en el más breve plazo. La autoridad administrativa competente aprueba o reforma estos procedimientos y regula todo lo relativo a las reclamaciones. Agotada la vía previa de la reclamación ante la entidad de certificación, procede recurrir en vía administrativa ante la autoridad administrativa competente, con sujeción a la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La autoridad administrativa competente determinará todos aquellos procedimientos y políticas necesarios para la aplicación del Reglamento. En los casos que proceda la reclamación, adoptará las medidas correctivas pertinentes.

RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE REGLAMENTOS TÉCNICOS Y COMERCIALES Nº 0103-2003/CRT-INDECOPI

Lima, 23 de octubre de 2003

VISTO:

El artículo 36º del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2002-JUS modificado por el Decreto Supremo Nº 024-2002-JUS, que designa al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual como Autoridad Administrativa Competente de la Infraestructura Oficial de Firma Digital; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 36º del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales el INDECOPI como Autoridad Administrativa Competente está a cargo de la acreditación de Entidades de Certificación y de Entidades de Registro/ Verificación dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Digital, encontrándose facultada para tal efecto a establecer los criterios y requisitos mínimos para la prestación de ambos servicios;

Que, al interior del INDECOPI la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales ha sido designada como el órgano funcional a cargo de ejercer las funciones de acreditación y demás que confiere el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales al INDECOPI como Autoridad Administrativa Competente;

Que, para efectos de la acreditación de entidades de certificación y de verificación/ registro de firmas digitales es necesario establecer mayores precisiones al Régimen de Acreditación previsto en el Capítulo II del Título III del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales;

Que, asimismo es necesario establecer medidas orientadas a compatibilizar la legislación en materia de micrograbación y las disposiciones sobre el servicio de intermediación digital previsto en el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales;

Que, el 18 de diciembre de 2002 la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales publicó un proyecto de Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, a fin de que las empresas e instituciones que a la fecha vienen prestando servicios de certificación y registro puedan alcanzar las observaciones que consideren pertinentes;

Que, luego de revisar las observaciones alcanzadas por las distintas instituciones y profesionales vinculados al tema durante el período de discusión pública, y estando a lo recomendado por la Secretaría Técnica, de conformidad con el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2002-JUS y con el acuerdo unánime de sus miembros reunidos en sesión del 23 de octubre de 2003.

RESUELVE:

Artículo 1º.- Aprobar las Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales anexas a la presente Resolución a fin de dar inicio a la acreditación de entidades de certificación y de verificación/registro.

Artículo 2°.- En tanto no se incorpore el procedimiento de acreditación de entidades de certificación y de verificación/registro de firmas digitales en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI, la cuantía de los derechos de tramitación de estos procedimientos será la prevista para la acreditación de Organismos de Certificación de Productos, sin perjuicio de los costos de auditoría que deben ser asumidos por las entidades solicitantes.

Artículo 3°.- Encárguese a la Secretaría Técnica la conformación de un Comité Técnico de Normalización Especializado para la revisión de la NTP 392.030-2: 1997 MICROFORMAS. Requisitos para las Organizaciones que operan sistemas de producción de microformas. Parte 2: Medios de archivo electrónico, a fin de adecuarla al servicio de Intermediación Digital.

Con la intervención de los señores miembros: Fabián Novak, Augusto Ruiloba, Jorge Danós, y José Dajes.

FABIAN NOVAK TALAVERA
Presidente de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS AL REGLAMENTO DE LA LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES

Primera.- Naturaleza de la Acreditación Otorgada por la AAC. De conformidad con los artículos 1, 2 y 42 del Reglamento, la acreditación de Entidades de Certificación y Entidades de Registro/Verificación, tiene por finalidad reconocer la confiabilidad de los servicios de certificación digital que se prestan en el mercado, evaluando para tal efecto las políticas y procedimientos de certificación aplicadas, en especial los procedimientos para la verificación y registro de identidad de los solicitantes, a cargo de Entidades de Registro/Verificación, la atención de reclamos y la actualización de mecanismos de seguridad frente al desarrollo de nuevas tecnologías o aplicaciones que puedan afectar los niveles de seguridad que garantizan la autenticación o vinculación del titular de la firma digital con el documento suscrito digitalmente.

Segunda.- Participación de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales en la evaluación de servicios de certificación no acreditados.- La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales solo respalda la competencia técnica de las entidades acreditadas, y la confiabilidad de los servicios prestados por ellas en el marco de la Ley y el Reglamento. Excepcionalmente, para efecto de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° del Reglamento, la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales podrá evaluar firmas digitales emitidas fuera de la Infraestructura Oficial de Firma Digital a solicitud de las autoridades judiciales o administrativas ante las cuales se hayan presentado documentos así firmados como medios de prueba.

Tercera.- Imparcialidad de los servicios de certificación y de verificación/registro acreditados.- En cumplimiento con los literales a) y h) del artículo 36° del Reglamento, se precisa que los servicios de certificación y de verificación/registro son servicios de tercera parte y deben ser prestados en condiciones de transparencia, guardando imparcialidad con respecto a las partes que solicitan y usan sus servicios.

Los servicios acreditados no pueden ser prestados a personas con las cuales la entidad acreditada mantenga vinculación económica. Para calificar la existencia de dicha vinculación se deben considerar los conceptos de propiedad indirecta, vinculación y grupo económico de la Comisión Nacional de Empresas y Valores - CONASEV.

Cuarta.- ***Procedimiento de Acreditación.-*** Para efecto de la aplicación del artículo 41 del Reglamento el procedimiento de acreditación no podrá exceder los 120 días útiles. Los plazos de cada una de las etapas de evaluación previstas a lo largo del procedimiento, son las que a continuación se señalan:

a) Admisión: 10 días útiles.

b) Evaluación documentaria: 20 días útiles.

c) Subsanación de observaciones: 30 días útiles.

d) Evaluación de campo: 20 días útiles.

e) Subsanación de observaciones: 10 días útiles.

Quinta.- ***Solución de Reclamos por parte de las entidades acreditadas.-*** De conformidad con la segunda Disposición Final del Reglamento, las entidades acreditadas deben contar con procedimientos de atención de reclamos cuyos términos deben ser parte de la información prestada a sus clientes. Estos procedimientos no constituyen instancia administrativa por lo que sus plazos de evaluación deben ser breves y no deben exceder de 10 días útiles para su atención.

Sexta.- ***Supervisión de Entidades Acreditadas.-*** De acuerdo a los artículos 46° y 50° del Reglamento, las entidades acreditadas están obligadas a mantener las condiciones que sustentan la acreditación otorgada y a adecuarse a las disposiciones que establezca la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales. El incumplimiento de dichas obligaciones puede motivar la suspensión o revocación de la acreditación otorgada. Tratándose de la contravención de las obligaciones de imparcialidad y transparencia procede la revocación de la acreditación.

Considerando que los servicios de certificación acreditados están referidos a aspectos de seguridad en materia de comercio electrónico, con un intenso grado de innovación, la acreditación otorgada está sujeta a auditoría de seguimiento anuales para verificar el mantenimiento de los niveles de seguridad inicialmente acreditados.

Cuando se observen cambios en la estructura o en los procedimientos, así como deficiencias en la infraestructura y recursos inicialmente presentados por las entidades acreditadas, la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales podrá disponer la realización de evaluaciones para determinar las implicancias de dichos cambios y en el caso de deficiencias, la suspensión de la acreditación hasta que éstas sean superadas, como una medida preventiva destinada a garantizar la confiabilidad de los servicios acreditado.

Sétima.- ***Clase de Certificados comprendidos en la IOFD.-*** De acuerdo al artículo 16° del Reglamento, los certificados digitales comprendidos dentro de la Infraestructura Oficial de Firmas Digitales son aquellos que permiten la generación de firmas para la identificación de una persona natural, previa verificación presencial de su identidad, o en su defecto para personas jurídicas a través de agentes automatizados.

Las entidades acreditadas deben garantizar el nivel de seguridad requerido al interior de IOFD frente al desarrollo de nuevas tecnologías o aplicaciones que puedan afectar los niveles de seguridad que garantizan la autenticación o vinculación del titular de la firma digital con el documento suscrito digitalmente.

Octava.- ***Requisitos de orden técnico que deben observar las Entidades de Certificación.-*** Para efectos del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 11° del Reglamento, las entidades de certificación deben contar o tener acceso al uso de soluciones e infraestructura que soporten las políticas técnicas futuras, que defina la

Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales, así como los requisitos que se detallan a continuación que deben ser implementados en el país:

a) Dominios de confianza en el país, que permitan verificar los sistemas en que se soporta la prestación de los servicios de certificación digital.

b) Política de Confidencialidad, que asegure a los clientes del servicio de certificación que la información alcanzada para obtención de un certificado Digital no será empleada por la entidad de certificación para otros fines, ni divulgada sin que medie requerimiento de una autoridad judicial o administrativa debidamente motivada.

c) Políticas de Integridad, Autenticación y No repudio, para ello deberán contar con los procedimientos y mecanismos necesarios fijados en la Ley y el Reglamento.

d) Políticas y Normas de Monitoreo, Reporte y Auditoría de los servicios de PKI, deberán contar con un documento detallado sobre sus políticas de Seguridad y Disponibilidad de los servicios brindados.

e) Contar con un repositorio que contenga los certificados emitidos garantizando su conservación por un período mínimo de 10 años.

1. Requisitos de Funcionalidad. Las entidades de certificación deben adoptar el estándar ISO X 509 en su versión actualizada u otro estándar compatible a éste como base de los servicios de certificación digital. Asimismo deben contar con los siguientes requisitos:

1.1. Políticas y procedimientos para la administración del ciclo de vida de las claves, las mismas que deberán involucrar:

a) Políticas y Normas de recuperación de las claves.

b) Políticas y Normas de generación de las claves.

c) Políticas y Normas de distribución, revocación, suspensión, repudio y archivo (almacenamiento) de las claves. Tratándose de revocación de certificados estas políticas deben propiciar que la cancelación del certificado se realice en forma automática.

1.2. Estructura de Manejo de los Certificados sujeta a mecanismos de auditoría periódicos, entendiendo por dicha estructura un sistema que involucra políticas, procedimientos, personal y el soporte técnico para:

a) La administración y control de claves (creación y mantenimiento, habilidad para enlazar las claves con un nombre, habilidad para preguntar que claves se enlazan a un nombre). Estas políticas no deben estar basadas en la identidad individual. La certificación del enlace entre una llave pública y un nombre del directorio será obligatorio. La certificación del enlace entre los atributos adicionales y un nombre del directorio serán discrecionales.

b) Dotar de capacidad al certificado para interactuar en diferentes sectores, tales como el financiero y tributario, considerando las restricciones que cada uno de estos impone.

c) El Intercambio entre certificados (interoperabilidad técnica).

d) Permitir la transferencia de certificados de una entidad de certificación a otra (en el caso de inoperatividad de la entidad que los emitió inicialmente), a fin de garantizar la continuidad del servicio.

e) Permitir la certificación cruzada entre distintos organismos de certificación.

f) Superar los problemas de interoperabilidad que se presenten -en caso de que los caminos de la certificación sean contradictorios o múltiples- a través de arbitrajes técnicos para permitir la aceptabilidad de certificados mediante los dispositivos correspondientes, en función a la plataforma de generación utilizada.

g) Separar los servicios de certificación de los sistemas de almacenamiento de los datos obtenidos en la prestación del servicio, sin que ello perjudique la posibilidad de controlar el flujo de información desde el repositorio de datos hacia el sistema de certificación (requerimiento transaccional).

1.3. Una Infraestructura de Seguridad entendiendo por ella a un sistema que involucra políticas, procedimientos, personal y soporte técnico con el objeto de:

a) Proteger la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los servicios de certificación.

b) Garantizar servicios de no repudio tecnológico[1] para mantener la operatividad del certificado.

c) Impedir que el sistema de certificación implementado permita revocar sus propias acciones.

d) Evitar que los usuarios del servicio de certificación puedan revocar tecnológicamente sus propias acciones.

1.4. En caso de incorporar servicios de valor añadido de fechado y hora (time stamping), deben contar con un proveedor para tal servicio, el mismo que debe estar disponible dentro de una red abierta, accesible desde cualquier plataforma tecnológica. En todo caso el certificador es responsable por la aptitud de los servicios subcontratados.

1.5. Procedimientos estructurados sobre la base de estándares internacionales para la integración de los servicios de certificación prestados dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Digital, con Certificados y datos asociados provenientes de Infraestructuras Oficiales extranjeras o infraestructuras nacionales no oficiales, que presenten diferencias culturales tales como las barreras idiomáticas.

2. Requisitos de Arquitectura. Las entidades de certificación deben estructurar sus servicios de certificación digital, involucrando los siguientes componentes:

2.1. Componentes Criptográficos Básicos[2]. Estos componentes deben contar con soportes de hardware (como smartcards o módulos criptográficos) o software. Los Protocolos requeridos en este tipo de componentes deben observar los parámetros del estándar X 509 u otro compatible a éste.

Las Interfaces requeridas están publicadas en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente.

---

[1] No repudio tecnológico.- Entendido como el servicio que permite la operatividad del certificado aún en casos adversos, tales como vencimiento del certificado.

[2] Estos componentes proveen un acceso seguro en los niveles básicos como son: la aplicación de la función HASH a un módulo de almacenamiento de datos usando la clave privada o clave pública, entre otros.

Los módulos criptográficos deben proveer soporte para distintos tipos de plataformas. Si alguno de los módulos criptográficos utilizado tuviese restricciones en su desarrollo por razones de afectación de la propiedad intelectual u otro motivo, deben ser especificados por la entidad de certificación al momento de solicitar la acreditación.

Para efecto del establecimiento de paridad entre aplicaciones del sistema de certificación debe primar el de mayor nivel de seguridad.

2.2. Componentes de servicios criptográficos[3]. Los Protocolos requeridos en este tipo de componentes deben observar los parámetros del estándar X 509 u otro compatible a éste.

Las Interfaces requeridas están publicadas en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente.

Los módulos criptográficos deben proveer soporte para distintos tipos de plataformas. Si alguno de los módulos criptográficos utilizados tuviese restricciones en su desarrollo por razones de afectación de la propiedad intelectual u otros motivos, deben ser especificados por la entidad de certificación al momento de solicitar la acreditación.

Para efecto del establecimiento de comparación entre aplicaciones del sistema de certificación debe primar el de mayor nivel de seguridad. La interfaz de los servicios criptográficos debe permitir la selección y vinculación de los mismos, así como entre las aplicaciones disponibles de un solo servicio criptográfico.

2.3. Componentes de Clave de Servicios a largo plazo, que deben elaborarse sobre la base del estándar X.509 y sus ampliaciones, y deben involucrar:

a) La administración del ciclo de vida de las claves (Key Lifecycle Management)[4].

b) La Recuperación de Claves (Key Recovery)[5].

c) El Servicio Virtual de Tarjetas Inteligentes (Virtual Smartcard Service[6]. De acuerdo a la plataforma, las Interfaces requeridas están publicadas en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente.

d) Administración de Certificados (Certificate Management)[7]. Las interfaces requeridas están publicadas en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente.

---

[3] Estos componentes proveen el acceso a los servicios criptográficos como el de integridad de los datos, protección de la privacidad, importación y exportación de claves, firmas digitales, seguridad en las funciones hash.

[4] Esta función provee y garantiza el servicio de revocación, repudio, expiración y servicios relativos de las claves.

[5] Este componente prepara a las claves para su recuperación y permitir recuperar las políticas de control de las claves.

[6] Este componente debe permitir a los usuarios y otros participantes almacenar la información personal de seguridad en medios de almacenamientos protegidos, para activar las claves personales mediante un procedimiento de autenticación, y usar estas claves para encriptar, desencriptar y realizar otras actividades de las firmas.

[7] Este componente permite que los usuarios, administradores puedan requerir certificación de claves públicas y revocación de claves certificadas anteriormente. Este servicio cuenta con otros subcomponentes: La Entidad de Verificación/Registro, la Entidad de Certificación incluyendo las entidades que eventualmente ésta contrate para efecto de garantizar la obligaciones de publicación.

e) Servicio de Entrega y verificación de las claves públicas (Public Key Delivery and Verification)[8]. Las interfaces requeridas están publicadas en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente.

En todos los casos los perfiles deben ser definidos de acuerdo a la funcionalidad del sector en el que se implementen.

2.4. Servicios y Componentes del Protocolo de Seguridad[9]. Estos componentes deben:

a) Proveer mecanismos de seguridad y protección de calidad de los protocolos que permitan la interoperación entre aplicaciones del sistema, empleados por los usuarios de los servicios de certificación.

b) Administrar y controlar el nivel de seguridad de la información definido por la Entidad de Certificación.

c) Encapsular los datos, autenticar el origen, proteger los datos y definir credenciales y privilegios de transporte dentro de un servicio simple de certificación digital[10].

d) Aplicar mecanismos de seguridad basados en políticas administrativas de información de la Entidad de Certificación.

2.5. Componentes del Protocolo de Seguridad[11]. Los protocolos reconocidos se encuentran publicados en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente. La Entidad de certificación deberá establecer un perfil para cada protocolo.

2.6. Componentes de Servicio de la Política de seguridad.[12] Los protocolos reconocidos se encuentran publicados en la página web del INDECOPI y se actualizan periódicamente.

Novena.- ***Reconocimiento de servicios de certificación prestados en el extranjero.***- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48° del Reglamento, el reconocimiento de certificaciones emitidas por entidades de certificación que operan en el extranjero requiere la acreditación previa de dichas entidades para lo cual deben seguir el procedimiento de acreditación regular poniendo a disposición de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales, la documentación prevista en el artículo 38 del Reglamento, a través de una empresa que represente sus servicios en el país.

De contar con la acreditación en su país de origen u otros mecanismos de auditoría con respecto a sus servicios, la entidad de certificación debe presentar documentación que acredite tal situación así como las condiciones acreditadas o auditadas, ello a fin de acogerse al reconocimiento de evaluaciones previsto en los artículos 41° y 42° del Reglamento.

---

[8] Este componente permite a un software recuperar un certificado principal, verificar si es válido y extraer los principales certificados de clave pública del certificado principal.

[9] Estos servicios están divididos en dos grandes clases: Orientado a la Sesión y Almacenamiento y Envío. Estos componentes deben proveer seguridad para ser usados por los diseñadores de Stacks de Protocolos.

[10] Todos aquellos que no tienen que ver con sistemas cruzados.

[11] Los protocolos seguros proveen protección a los datos transferidos entre usuarios de canales de comunicación, no requiriendo el uso reiterado de los servicios de seguridad.

[12] Estos servicios permiten administrar la información de usuarios, privilegios y políticas de control de acceso a los recursos, realizando decisiones de control de acceso basadas en esta información.

Las entidades de certificación extranjeras que operen a través de representantes nacionales deben mantener las mismas políticas y niveles de seguridad previstos en sus países de origen para la clase de certificados comprendida en la IOFD, así como las mismas condiciones y coberturas de seguros para cubrir los daños que eventualmente se generen por la prestación de sus servicios.

Décima.- ***Equivalencia de niveles de seguridad.-*** Las entidades de certificación que utilicen servicios de entidades extranjeras, deben garantizar que dichos servicios mantengan los niveles de seguridad previstos en el país de origen para la clase de certificados comprendida en la IOFD.

Décimo Primera.- ***Certificados Digitales de uso limitado.-*** Los Certificados Digitales emitidos en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Digital para su empleo en ámbitos cerrados pueden ser empleados para la generación de firmas digitales en otros ámbitos bastando para ello la aceptación de los destinatarios.

Décimo Segunda.- ***Entidades de registro/verificación.-*** Conforme al artículo 20° del Reglamento, el proceso de certificación se inicia con la participación de entidades de registro/verificación, en tal sentido para efectos de su acreditación las entidades de registro/verificación deben declarar la relación existente con una Entidad de Certificación acreditada o reconocida en el país, documentando la vigencia de dicha relación por un período no menor a la acreditación solicitada. Asimismo las entidades de registro/verificación deben contar con mecanismos que permitan una comunicación ininterrumpida con la Entidad de Certificación, para garantizar la atención oportuna de solicitudes de certificación, así como la actualización de información o la cancelación de la certificación.

Décimo Tercera.- ***Procedimientos y requisitos que deben observar las Entidades de Verificación/Registro.-*** De acuerdo a los artículos 32° y 33° las entidades de verificación acreditadas deben contar con registros que demuestren la presencia de la persona natural o el representante de la persona jurídica solicitante de la certificación. No es admisible, tomando en cuenta la naturaleza de los certificados digitales previstos en la Ley y el Reglamento, la atención de solicitudes de certificación por medio de correos electrónicos u otros medios que no garanticen la identidad del solicitante.

Asimismo las entidades de verificación/registro deben contar con ambientes de trabajo seguros para custodiar la información proporcionada por los solicitantes o titulares de la certificación, y con medidas de seguridad que eviten su reproducción por parte del personal que tenga acceso a dicha información.

La entidad de registro o verificación debe contar con Procedimientos que le permitan:

a) Atender las solicitudes de certificación verificando la veracidad de la información proporcionada por el solicitante de la certificación digital incluyendo la verificación de la capacidad de ejercicio de derechos civiles tratándose de las personas naturales, o la existencia de la persona jurídica y la vigencia de poderes de ser el caso. Para ello debe mantenerse contacto con las bases de datos nacionales de identificación y registro civil y de registros públicos tratándose de personas jurídicas.

b) Informar a los solicitantes el procedimiento a través del cual se genera la clave privada así como las condiciones establecidas para la utilización del certificado digital y la generación de firmas digitales, precisando que el incumplimiento de estas condiciones puede motivar la invalidez de las firmas digitales generadas. Los procedimientos deben incluir el tratamiento o condiciones para la generación de firmas a través de agentes automatizados, de ser el caso.

c) Remitir las solicitudes aprobadas a la Entidad de Certificación, informando al usuario de dicha aprobación así como la oportunidad en que se le emitirá el certificado digital.

d) Actualizar la información proveída a la entidad de certificación respecto a los titulares del certificado y las firmas digitales.

e) Asegurar que la información proporcionada por los solicitantes no se emplee para fines distintos de la certificación.

f) Contar con personal que posea la educación necesaria, adiestramiento actualizado así como el perfil y la experiencia para las funciones que les son asignadas.

Décimo Cuarta.- ***Respaldo Económico y Financiero.-*** Las entidades de certificación, y de verificación/registro deben contar con recursos propios para la prestación de sus servicios, o estar en condiciones de garantizar la continuidad de los mismos. Asimismo, deben contar con una cobertura de seguros para cubrir los daños que eventualmente se generen por la prestación de sus servicios, ya sean en sus clientes directos o terceros. Dicha información debe ser comunicada a los usuarios en forma previa a la prestación de los servicios.

La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales establecerá en función al desarrollo del mercado, valores y porcentajes mínimos asegurables, los mismos que podrán ser reajustados semestralmente. Los servicios de valor añadido requieren en cada caso coberturas de seguros adicionales.

Décimo Quinta.- ***Sistemas de gestión.-*** Las entidades de certificación y de verificación/registro deben contar sistemas de gestión de calidad aplicadas a sus servicios.

Específicamente en el caso de Entidades de certificación, su estructura debe ser tal que proporcione confianza con respecto a sus certificaciones, para tal efecto conjuntamente con su Manual de Procedimiento deben presentar su Organigrama estructural y funcional.

Asimismo, la Entidad de Certificación debe ser responsable de todas las decisiones relacionadas con el otorgamiento, mantenimiento y cancelación de la certificación. Para tal efecto debe contar con procedimientos para la subcontratación de los servicios de registro/verificación.

Tratándose de Entidades de Verificación/Registro éstas deben contar con procedimientos para el registro o verificación, la Atención de quejas y el Manejo y archivo de los registros. La entidad de registro o verificación debe tener el personal suficiente para llevar a cabo el trabajo para el cual declara ser competente.

Décimo Sexta.- ***Servicios de valor añadido.-*** Las entidades de certificación o de verificación/registro que deseen prestar servicios de valor añadido deben garantizar que los mismos no afectarán los servicios principales de verificación o certificación así como la transmisión de los mensajes de datos firmados digitalmente. La calificación de estos servicios se realizará dentro del proceso de acreditación, para tal efecto deberán presentarse los manuales de procedimientos previstos para su prestación, así como una declaración de la infraestructura con la que cuentan para tal efecto, cuando dichos servicios sean subcontratados la entidad acreditada asumirá la responsabilidad por los mismos.

APRUEBA LEY QUE MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL PERMITIENDO LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA COMUNICACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y LA UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

LEY Nº 27291

(24 de junio de 2000)

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
POR CUANTO:
El Congreso de la República
ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL PERMITIENDO LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA COMUNICACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y LA UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

Artículo 1°.- Modificación del Código Civil.- Modifícanse los Artículos 141° y 1374° del Código Civil, con los siguientes textos:

*«**Artículo 141°.- Manifestación de voluntad.-** La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.*

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

***Artículo 1374°.- Conocimiento y contratación entre ausentes.-** La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.*

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.»

Artículo 2°.- Adición de artículo al Código Civil.- Adiciónase el Artículo 141°-A al Código Civil, con el siguiente texto:

*«**Artículo 141°-A.- Formalidad.-** En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.*

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.»

Artículo 3°.- Reglamentación para relaciones con el Estado.- El Poder Ejecutivo, por decreto supremo refrendado por el Ministro de Justicia y dentro del plazo de 90 (noventa) días, reglamentará la aplicación de la presente Ley en las relaciones entre el Estado y los particulares.

CODIGO PROCESAL CIVIL

SECCIÓN TERCERA
ACTIVIDAD PROCESAL

TÍTULO VIII
MEDIOS PROBATORIOS

CAPÍTULO V
DOCUMENTOS

LEY Nº 26612

(21 de mayo de 1996)

Artículo 234°.- ***Clases de documentos*** *(Ley Nº 26612 de 21 mayo de 1996, Art. 5°).-* Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL

SECCIÓN TERCERA
ACTIVIDAD PROCESAL

TÍTULO V
NOTIFICACIONES

LEY Nº 27419

(07 de febrero de 2001)

Artículo 163°.- ***Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio*** *(Ley Nº 27419 de 07 de febrero de 2001, Art. Único).-* En los casos del Artículo 157°, salvo el traslado de la demanda o de la reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción.

La notificación por correo electrónico solo se realizara para la parte que lo haya solicitado. Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas.

Artículo 164°.- ***Diligenciamiento de la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio*** *(Ley Nº 27419 de 07 de febrero de 2001, Art. Único).-* El documento para la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio, contendrá los datos de la cédula.

El facsímil u otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el secretario respectivo, y el otro con su firma se agregara al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario. En el caso del correo electrónico, será, en lo posible, de la forma descrita anteriormente, dejándose constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de estos documentos.

LEY QUE ESTABLECE LOS ALCANCES DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 681 MEDIANTE EL CUAL SE REGULA EL USO DE TECNOLOGÍAS AVANZADAS EN MATERIA DE ARCHIVO DE DOCUMENTOS E INFORMACIÓN

LEY N° 28186

(5 de marzo de 2004)

Artículo 1°.- ***Conservación de documentos con contenido tributario.-*** No podrán destruirse, aun cuando se hubieren conservado mediante microformas, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 681, normas modificatorias, ampliatorias y reglamentarias, los originales de los documentos, información y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos generadores de obligaciones tributarias así como toda otra documentación relacionada con hechos que determinen tributación, mientras el tributo no este prescrito.

Artículo 2°.- ***Norma derogatoria.-*** Derogase el segundo párrafo del artículo 66° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo No 054-99-EF.

Artículo 3°.- ***Vigencia.-*** La presente Ley entrara en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los doce días del mes de febrero de dos mil cuatro.

HENRY PEASE GARCÍA
Presidente del Congreso de la República

MARCIANO RENGIFO RUIZ
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima a los cuatro días del mes de marzo del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

CARLOS PERRERO
Presidente del Consejo de Ministros

CÓDIGO PENAL

TÍTULO V
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Capítulo X
DELITOS INFORMÁTICOS (*)

Artículo 207-A.- ***Ingreso indebido a base de datos.-*** El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red o computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas. Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuarenta jornadas.

Artículo 207-B.- ***Daño a base de datos.-*** El que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa.

Artículo 207-C.- ***Circunstancias agravantes.-*** En los casos de los Artículos 207-A y 207-B, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años, cuando:

1. El agente accede a una base de datos, sistema o red de computadora, haciendo uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo.
2. El agente pone en peligro la seguridad nacional.

(*) Capítulo incorporado por la Ley N° 27309, publicada el 17-07-00.

LEY QUE REGULA EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO COMERCIAL NO SOLICITADO (SPAM)

LEY N° 28493

(12 de abril de 2005)

Artículo 1°.- *Objeto de la Ley.-* La presente Ley regula el envío de comunicaciones comerciales publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor.

Artículo 2°.- *Definiciones.-* Para efectos de la presente Ley se entiende por:

a) Correo electrónico: Todo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar. También se considera correo electrónico la información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico.

b) Correo electrónico comercial: Todo correo electrónico que contenga información comercial publicitaria o promocional de bienes y servicios de una empresa, organización, persona o cualquier otra con fines lucrativos.

c) Proveedor del servicio de correo electrónico: Toda persona natural o jurídica que provea el servicio de correo electrónico y que actúa como intermediario en el envío o recepción del mismo.

d) Dirección de correo electrónico: Serie de caracteres utilizado para identificar origen o el destino de un correo electrónico.

Artículo 3°.- *Derechos de los usuarios.-* Son derechos de los usuarios de correo electrónico:

a) Rechazar o no la recepción de correos electrónicos comerciales.
b) Revocar la autorización de recepción, salvo cuando dicha autorización sea una condición esencial para la provisión del servicio de correo electrónico.
c) Que su proveedor de servicio de correo electrónico cuente con sistemas o programas que filtren los correos electrónicos no solicitados.

Artículo 4°.- *Obligaciones del proveedor.-* Los proveedores de servicio de correo electrónico domiciliados en el país están obligados a contar con sistemas o programas de bloqueo y/o filtro para la recepción o la transmisión que se efectué a través de su servidor, de los correos electrónicos no solicitados por el usuario.

Artículo 5°.- *Correo electrónico comercial no solicitado.-* Todo correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado, originado en el país, debe contener:

a) La palabra «PUBLICIDAD», en el campo del asunto (o subject) del mensaje.

b) Nombre o denominación social, domicilio completo y dirección de correo electrónico de la persona natural o jurídica que emite el mensaje.

c) La inclusión de una dirección de correo electrónico válido y activo de respuesta para que el receptor pueda enviar un mensaje para notificar su voluntad de no recibir mas correos no solicitados o la inclusión de otros mecanismos basados

en Internet que permita al receptor manifestar su voluntad de no recibir mensajes adicionales.

Artículo 6°.- ***Correo electrónico comercial no solicitado considerado ilegal.-*** El correo electrónico comercial no solicitado será considerado ilegal en los siguientes casos:

a) Cuando no cumpla con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 5° de la presente Ley.

b) Contenga nombre falso o información falsa que se oriente a no identificar a la persona natural o jurídica que transmite el mensaje.

c) Contenga información falsa o engañosa en el campo del «asunto» (o subject), que no coincida con el contenido, del mensaje.

d) Se envíe o transmita a un receptor que haya formulado el pedido para que no se envíe dicha publicidad, luego del plazo de dos (2) días.

Artículo 7°.- ***Responsabilidad.-*** Se consideraran responsables de las infracciones establecidas en el artículo 6° de la presente Ley y deberán compensar al receptor de la comunicación.

1. Toda persona que envíe correos electrónicos no solicitados conteniendo publicidad comercial.'

2. Las empresas o personas beneficiarias de manera directa con la publicidad difundida.

3. Los intermediarios de correos electrónicos no solicitados, tales como los proveedores de servicios de correos electrónicos.

Artículo 8°.- ***Derecho a compensación pecuniaria.-*** El receptor de correo electrónico ilegal podrá accionar por la vía del proceso sumarísimo contra la persona que lo haya enviado, a fin de obtener una compensación pecuniaria, la cual será equivalente al uno por ciento (1 %) de la Unidad Impositiva Tributaria por cada uno de los mensajes de correo electrónico transmitidos en contravención de la presente Ley, con un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 9°.- ***Autoridad competente.-*** El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, a través de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, será la autoridad competente para conocer las infracciones contempladas en el artículo 6° de la presente Ley; cuyas multas se fijaran de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, o en el Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, según corresponda.

Artículo 10°.- ***Reglamento.-*** El Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, reglamentará la presente Ley en un plazo máximo de noventa (90) días desde su vigencia.

Artículo 11°.- ***Vigencia.-*** La presente Ley entrara en vigencia a los noventa (90) días de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano».

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los dieciocho días del mes de marzo de dos mil cinco.

ANTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

JUDITH DE LA MATA FERNÁNDEZ
Segunda Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los once días del mes de abril del año dos mil cinco.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

CARLOS PERRERO
Presidente del Consejo de Ministros

APRUEBAN EL REGLAMENTO DE LA LEY Nº 28493 QUE REGULA EL ENVÍO DEL CORREO ELECTRÓNICO COMERCIAL NO SOLICITADO (SPAM)

DECRETO SUPREMO Nº 031-2005-MTC

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO

Que, mediante Ley Nº 28493 se aprobó la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM), cuyo objeto es la regulación del envío de comunicaciones comerciales publicitarias o promocionales no solicitadas realizadas por correo electrónico;

Que, el artículo 10º de la citada Ley establece que el Poder Ejecutivo mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, la reglamentará;

Que, para tal efecto, se conformó un grupo de trabajo integrado por representantes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del Organismo Supervisor de Inversión Privada de Telecomunicaciones.

OSIPTEL y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI, llevándose a cabo reuniones con diversas instituciones y empresas del sector interesadas en exponer inquietudes y preocupaciones que sirvieron de insumo para la elaboración del Reglamento;

Que, con fecha 9 de setiembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el proyecto de Reglamento de la Ley Nº 28493 que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM), habiéndose recibido y evaluado los comentarios de los interesados,

Que, en tal sentido corresponde emitir el acto administrativo respectivo aprobando el Reglamento de la Ley Nº 28493 que regula el envío de correo electrónico comercial no solicitado (SPAM);

De conformidad con lo establecido en la Ley Nº 28493, Ley Nº 27791 y Reglamento de Organización y Funciones aprobado por Decreto Supremo Nº 041-2002-MTC,

DECRETA

Artículo 1º.- Apruébese el Reglamento de la Ley Nº 28493 que regula el envío de correo electrónico comercial no solicitado (SPAM) que consta de tres (3) Títulos, veinte (20) artículos y dos (2) Disposiciones Complementarias y Finales.

Artículo 2º.- El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación y será refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones.

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil cinco.

ALEJANDRO TOLEDO Presidente Constitucional de la República

JOSÉ ORTIZ RIVERA Ministro de Transportes y Comunicaciones

REGLAMENTO DE LA LEY Nº 28493, QUE REGULA EL ENVÍO DE CORREO ELECTRÓNICO COMERCIAL NO SOLICITADO (SPAM)

TÍTULO I
DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Objeto

El presente Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones concernientes que permitan la aplicación de la Ley Nº 28493, Ley que regula el envío de correo electrónico comercial no solicitado (SPAM).

Artículo 2º.- Referencias normativas

Para efectos de este Reglamento, se entiende por:

Ley: Ley Nº 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM).

Reglamento: El presente Reglamento de la Ley Nº 28493.

Artículo 3º.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, así como para la aplicación de las disposiciones contenidas en el mismo, entiéndase por:

1. Beneficiario de la Publicidad o Anunciante.- Toda persona natural o jurídica, a cuya solicitud se realiza la publicidad o promoción, a través del envío de uno o más mensajes de correo electrónico comercial. En lo que fuera pertinente para esta definición serán de aplicación las normas y lineamientos vigentes en materia de publicidad comercial y protección al consumidor.
2. Campo de Remitente (De o From).- Área del mensaje de correo electrónico que contiene la indicación de la persona que ha remitido el mensaje.
3. Campo del Asunto (o Subject).- Área del mensaje de correo electrónico que contiene una breve descripción del contenido del mensaje a manera de sumilla.
4. Proveedor del servicio de correo electrónico.- Toda persona natural o jurídica que provee el servicio de correo electrónico a un usuario, actuando como intermediario en el envío o recepción de mensajes de correo a través del mismo. Se le podrá denominar también proveedor de cuenta de correo electrónico.
5. Receptor o usuario.- Persona natural o jurídica que recibe uno o más mensajes de correo electrónico.
6. Remitente.- Persona natural o jurídica que envía uno o más mensajes de correo electrónico, ya sea por cuenta y en interés propio o en interés de un tercero a su solicitud. Salvo prueba en contrario, se presume Remitente al titular de la dirección de correo electrónico que figura en el campo del remitente («De» o «From») del mensaje.

Artículo 4º.- Precísese que la definición de proveedor del servicio de correo electrónico contenida en el inciso c) del artículo 2º de la Ley e inciso 4) del artículo 3º del presente

Reglamento, no comprende a los proveedores del medio de transmisión ni a los proveedores del servicio de conmutación de datos por paquetes que permiten el acceso a la servicio de Internet.

TÍTULO II
CORREO ELECTRÓNICO COMERCIAL NO SOLICITADO

Capítulo I

Artículo 5°.- Correo electrónico comercial

Para efectos de la aplicación de lo establecido en el numeral b) del Artículo 2° de la Ley, la definición de «correo electrónico comercial» debe entenderse como referida a toda comunicación comercial publicitaria o promocional de bienes y servicios en general, incluyendo la información sobre eventos, certámenes y/o actividades, comercializados, ofrecidos, patrocinados u organizados por personas naturales o jurídicas.

No serán considerados correos electrónicos comerciales aquellos mensajes destinados a la promoción o fomento de actividades, eventos u otros remitidos por las entidades públicas del Estado o los remitidos por las asociaciones o fundaciones sin fines de lucro a sus asociados o miembros.

Artículo 6°.- *Correo electrónico comercial solicitado*

Será considerado correo electrónico comercial solicitado el envío de mensajes de aquellos remitentes que tengan una relación contractual previa con el receptor o usuario, siempre y cuando se envíe comunicaciones comerciales referentes a bienes o servicios de la empresa del remitente y tengan relación con los servicios inicialmente contratados.

No se encuentran obligados a cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 8° del presente Reglamento, quienes cuenten con autorización previa, expresa y por escrito para efectuar el envío de correos electrónicos comerciales.

Artículo 7°.- Correo electrónico comercial no solicitado

A efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, un mensaje de correo electrónico comercial será considerado como «No Solicitado» cuando haya sido enviado por el remitente sin que medie el pedido o consentimiento expreso del receptor.

Artículo 8°.- Condiciones del correo electrónico comercial no solicitado

Para la correcta aplicación del Artículo 5° de la Ley se deben observar las siguientes consideraciones:

8.1 La palabra «Publicidad» debe ser incluida al inicio del texto que figure en el Campo del Asunto (o «Subject») del mensaje de correo electrónico comercial. Tratándose de correos electrónicos con contenido exclusivo para adultos, se deberá incluir al inicio de dicho campo la mención «Publicidad para Adultos». En ambos supuestos, los textos a que se refiere el presente numeral deberán figurar de manera clara, legible, sin errores ni defectos ortográficos y sin la inclusión de caracteres ajenos a los mismos.

8.2 Los datos de identificación a los que se hace referencia en el inciso b) del Artículo 5° de la Ley corresponden al remitente del mensaje. Los datos deben ser consignados

en la parte inferior del mensaje de manea legible incluyendo necesariamente el nombre de una persona de contacto.

8.3 Con relación a la dirección de correo electrónico de respuesta y los mecanismos basados basados en Internet a los que se hace referencia en el inciso c) del artículo 5° de la Ley, estos deben necesariamente reunir los siguiente requisitos:

a) que exista coincidencia entre el titular de la referida dirección de correo electrónico o lo mecanismos basado en Internet y el remitente del mensaje, y;

b) que los mecanismos de respuesta implementados se encuentren operativos y en plena capacidad e recibir la notificación de los usuarios de no recibir correos comerciales no solicitados, como mínimo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes luego de enviado el mensaje, utilizando los mecanismo previstos por ley.

Artículo 9°.- Correo Electrónico Comercial No Solicitado considerado Ilegal

Precísese que cuando se hacer referencia en el inciso b) del Artículo 6° de la Ley a la persona natural o jurídica que transmite un mensaje de correo electrónico comercial no solicitado considerado como «ilegal», debe entenderse que se refiere al remitente de dicho mensaje. El plazo de dos (2) días señalado en el inciso d) del Artículo 6° de la Ley se computará a partir el primer día hábil siguiente a la fecha en la cual el receptor o usuario comunicó al remitente su decisión de no continuar recibiendo correo electrónico comercial no solicitado.

Capítulo II
Derechos y Obligaciones

Artículo 10°.- Derechos de los Receptores o usuarios

Son derechos de los receptores o usuarios los siguientes:

1. Rechazar en forma expresa la recepción de los correos electrónicos comerciales no solicitados, utilizando la dirección de un correo electrónico válido y activo de respuesta u otro mecanismo basado en Internet o el medio que considere conveniente.

   Entiéndase por rechazo de la recepción del correo electrónico al rechazo tanto al remitente como al contenido del mensaje.

   El simple reenvio del correo electrónico comercial al remitente constituirá rechazo expreso.

2. Exigir por vía judicial una compensación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la Ley y su Reglamento.

3. Revocar en cualquier momento el consentimiento otorgado para la recepción de comunicaciones comerciales.

4. Contar con sistemas o programas de filtros provistos por su proveedor del servicio de correo electrónico.

Artículo 11°.- Obligaciones de los remitentes de correo electrónico comercial no solicitado

Son obligaciones de los remitentes de correo electrónico comercial no solicitado dar cumplimiento a las disposiciones establecidos en el artículo 5° de la Ley y el presente reglamento.

Los remitentes tendrán las siguientes obligaciones:

1. El remitente y en su caso el beneficiario de la publicidad deberán asegurar que el correo de respuesta u otro mecanismo basado en Internet esté operativo conforme lo establece el inciso c) del artículo 5° de la Ley.
2. Eliminar de sus base de datos a los titulares de cuentas de correo electrónico que rechazaron el mensaje o de aquellos que habiendo dado su consentimiento manifiestan, posteriormente, su voluntad de no seguir recibiendo ese tipo de mensajes.

Artículo 12°.- Obligaciones del proveedor del servicio de correo electrónico, además de las establecidas en el Artículo 4° de la Ley, informar a los usuarios los alcances de los sistemas y programas de bloqueo y/o filtros con los que cuentan, así como sus condiciones de uso. Esta información adicionalmente deberá estar publicada en su página web.

Artículo 13°.- Prohibiciones

En aplicación de la Ley y del presente Reglamento, se encuentran prohibidas las siguientes acciones:

1. El uso de medios que permitan facilitar la recolección de direcciones electrónicas sin autorización previa de sus dueños, tales como la comercialización de base de datos de direcciones de correo electrónico.
2. Realizar manipulación técnicas sobre el Campo del Asunto a fin de evitar los sistemas y programas de bloqueo y/o filtro.
3. La implementación y uso ilegal de software, sistemas, programas o cualesquiera herramientas que permitan crear, generar, compilar, recolectar, registrar o validar automáticamente direcciones de correo electrónico, así como recolectar direcciones de correo electrónico de cualquier tipo de página web sin el conocimiento previo y expreso de los titulares de cuentas de correo electrónico.

   Entiéndase como ilegal, la implementación y uso de software, sistemas o programas antes señalados, con la finalidad de enviar correos electrónicos no solicitados – Spam.
4. Generar automáticamente listas de contactos de correo electrónico mediante el empelo de algoritmso u otras herramientas tecnológicas que combinen nombres, caracteres o códigos.
5. Falsear u ocultar cualquier información que permita identificar el punto de origen del recorrido o del trayecto de transmisión del mensaje de Correo Electrónico Comercial no solicitado.
6. Utilizar la dirección o cuenta de Correo Electrónico de cualquier tercero sin su autorización previa, expresa y escrita, con la finalidad de llevar a cabo el envio de mensajes a través de dicha dirección de correo electrónico, o, en su defecto, para consignar tal dirección como la aparente dirección de envío del mensaje así, como la dirección de respuesta a la cual se refiere el inciso «c» del artículo 5° de la Ley.

TÍTULO III
RÉGIMEN SANCIONADOR

Artículo 14°.- Infracciones tipificadas en la Ley

Constituyen infracciones las señaladas en el Artículo 6° de la Ley.

Artículo 15°.- Responsabilidad

Precísese que los alcances de la responsabilidad a la que hace referencia el artículo 7° de la ley son los siguientes:

1. La persona beneficiaria de la publicidad o anunciante de manera directa del correo electrónico comercial no solicitado, siempre que esta haya solicitado y/o autorizado el envío del mensaje.
2. Los proveedores de servicios o cuentas de correo electrónico, siempre que se trate de la obligación de contar con sistemas o programas de bloque y/o filtro.

Artículo 16°.- Sanciones

Para los casos de los incisos a), b) del Artículo 6° de la Ley se aplicará el procedimiento y las sanciones previstas en el Decreto Legislativo N° 716.

Para el caso de la infracción prevista en el inciso c) del Artículo 6° de la Ley se aplicarán el procedimiento y las sanciones previstas en el Decreto Legislativo N° 691.

Artículo 17°.- Derecho a la compensación pecuniaria

De conformidad con el Artículo 8° de la Ley, el receptor de correo electrónico no solicitado considerado ilegal al amparo de lo señalado en la Ley y el presente Reglamento, tendrá expedito el derecho de solicitar en la vía judicial, contra el Remitente y el Beneficiario de la Publicidad o Anunciante, una indemnización, conforme a lo señalado en la Ley.

Artículo 18°.- Requerimientos de información

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, cuando lo estime conveniente, podrá solicitar cualquier tipo de información a entidades públicas o privadas para el cumplimiento de la presente Ley y de su Reglamento, debiendo cumplir, en lo que resulte pertinente, con las normas sobre información confidencial y protección de datos personales.

Artículo 19°.- Competencia de INDECOPI

La Comisión de Protección al Consumidor y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi son competentes para conocer y aplicar las sanciones previstas en la Ley.

Artículo 20°.- Vigencia del Reglamento

El presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y FINAL

Primera.- Cumplimiento de normas de publicidad

El envío de mensajes de Correo Electrónico y su contenido debe ceñirse a las disposiciones y formalidades contenidas en la normativa vigente sobre Protección al Consumidor y sobre Publicidad Comercial en Defensa del Consumidor, así como a la regulación publicitaria establecida por Leyes especiales u otros dispositivos legales para determinados bienes, servicios y/o empresas.

Segunda.- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones promueve la utilización de mecanismos de autorregulación y técnicas por parte de la industria. Los proveedores de servicios de Internet tenderán a incluir en sus políticas de uso, códigos de conducta respecto de la utilización debida del correo electrónico, así como la elaboración de listas negras, entre otras medidas, a fin de contrarrestar el envío masivo de correo electrónico comercial no solicitado –Spam.

LEY DE PROMOCIÓN DE ACCESO A INTERNET PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE ADECUACIÓN DEL ESPACIO FÍSICO EN CABINAS PÚBLICAS DE INTERNET

LEY 28530

(25 de mayo de 2005)

Artículo 1°.- ***Interés social.-*** Declárase de interés social la promoción del acceso al uso de Internet y de las tecnologías de la información a las personas con discapacidad y la progresiva eliminación de las barreras físicas y tecnológicas que les impida su integración a la Sociedad de la Información y su reinserción al mercado laboral.

Artículo 2°.- ***Promoción para el acceso y uso de Internet.-*** El Ministerio de Educación, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) y los Gobiernos Locales, de manera coordinada, son las entidades públicas encargadas de adoptar las políticas necesarias para promover, fomentar, capacitar y educar a la población con discapacidad en materias y actividades relacionadas con el acceso y uso de Internet.

Artículo 3°.- ***Adecuación de portales y páginas web.-*** Las entidades públicas y las universidades deben incorporar en sus páginas web o portales de internet opciones de acceso para que las personas con discapacidad visual puedan acceder a la información que contienen.

Las personas naturales o jurídicas privadas que presten servicios de información al consumidor y otros servicios a través de páginas web o portales de Internet deben incorporar en los mismos opciones de acceso para personas con discapacidad visual.

Para efectos de la presente Ley, son entidades públicas las señaladas en el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 4a.- ***Adecuación de espacios en cabinas públicas de Internet.-*** El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento adecuara las normas técnicas NTE U 190 «Adecuación urbanística para personas con discapacidad» y NTE A 060 «Adecuación arquitectónica para personas con discapacidad», aprobadas mediante Resolución Ministerial N° 069-2001 -MTC/15. 04, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 43° y 44° de la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, incorporando las medidas de adecuación progresiva del espacio físico que deben cumplir todos los proveedores de servicio de acceso a Internet, sean personas naturales o jurídicas, para el acceso de personas con discapacidad. Dicha adecuación será progresiva y proporcional en función a las posibilidades económicas de los proveedores y conforme lo establezca el reglamento.

Asimismo, las personas naturales o jurídicas que brinden el servicio de alquiler de acceso a Internet a través de cabinas públicas, deberán contar con programas o software especiales que permitan el acceso a Internet a personas con discapacidad visual.

Artículo 5°.- ***Capacitación en programas informáticos especiales.-*** El Instituto Nacional de Investigación y Capacitación de Telecomunicaciones - INICTEL, en coordinación con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) y otras entidades publicas o privadas, se encargará de capacitar a personas con discapacidad así como a las personas encargadas de administrar cabinas públicas de servicio de acceso a Internet en el uso de programas o software especiales.

Artículo 6°.- ***Acceso para el estudiante con discapacidad.-*** El Ministerio de Educación, en coordinación con el CONADIS, para lograr el acceso universal para el

estudiante con discapacidad de los diferentes niveles de educación, promoverá la celebración de convenios institucionales con entidades públicas o privadas, a fin de incentivar el desarrollo de políticas favorables que faciliten su acceso universal a Internet.

Artículo 7°.- *Sanciones.-* El incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 3° y 4° será sancionado con multa, cuya escala será determinada en el reglamento de la presente Ley, no pudiendo ser mayor a dos (2) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) si es un incumplimiento grave.

En el caso del artículo 3°, la autoridad competente para conocer de las infracciones y sanciones es el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

En el caso del artículo 4°, las multas se aplican conforme a la Ley N° 27920.

El sesenta por ciento (60%) de lo recaudado como multa será transferido al CONADIS para el cumplimiento de tas funciones encomendadas en la presente Ley.

Artículo 8° - *Vigencia de la Ley.-* La presente Ley entra en vigencia a los ciento veinte (120) días de su publicación.

Artículo 9°.- *Reglamentación.-* El Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, reglamentará la presente Ley en un plazo máximo de sesenta (60) días desde su vigencia.

INFORMACIÓN A TRAVÉS DE LA RED DEL MERCADO DE VALORES PERUANOS (MVNET)

RESOLUCIÓN CONASEV Nº 008-2003-EF/94.10

(07 de febrero de 2003)

Lima, 28 de enero del 2003

VISTO:

El Informe N° 022-2003-EF/94.40 de fecha 23 de enero de 2003 presentado por la Gerencia de Sistemas, con la opinión favorable de la Gerencia General;

CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo dispuesto por el Artículo 2 inciso a) del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, aprobado mediante Decreto Ley Nº 26126, es función de esta Institución estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores y controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen en él;

Que, CONASEV tiene entre sus principales objetivos el reducir los costos de transacción legales en beneficio de las entidades participantes del mercado de valores y el público inversionista en general, promoviendo el uso de medios electrónicos, especialmente Internet, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de las entidades supervisadas y mejorar su propia gestión administrativa a través del idóneo y rápido tratamiento informático de la información que procesa;

Que, en sesión de directorio de fecha 20 de diciembre de 1999 se aprobó el Plan de Sistemas 2000 y en sesión de Directorio de fecha 24 de abril del 2000 el Plan Estratégico del 2000-2002, los cuales plantean la necesidad de desarrollar e implementar un sistema de información que utilice Internet y la tecnología PKI, basada en el uso de certificados y firmas digitales, con la finalidad que las empresas que se encuentran bajo el ámbito de supervisión de CONASEV envíen su información por este medio a CONASEV y las que correspondan a la Bolsa de Valores de Lima;

Que, el 28 de mayo del 2000 se emite la Ley N° 27269 denominada «Ley de Firmas y Certificados Digitales» la cual tiene como objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita, disposición que brinda el sustento legal suficiente para dar inicio al Proyecto MVNet y para la realización de transacciones seguras por Internet;

Que, es necesario dictar las disposiciones pertinentes que permitan poner en práctica el sistema de transmisión e intercambio de documentos e información a través de la Red del Mercado de Valores Peruano (MVNet), a fin de posibilitar su adecuado funcionamiento;

Estando a lo dispuesto por el inciso b) del Artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de CONASEV, aprobado por Decreto Ley Nº 26126; y a lo acordado por el Directorio de esta Comisión Nacional reunido en sesión de fecha 27 de enero de 2003;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobar el Reglamento del Sistema MVNet que regula el sistema de transmisión e intercambio de documentos e información a través de la Red del Mercado

de Valores Peruano que forma parte de la presente resolución y consta de 23 artículos y una Disposición Transitoria Única.

Artículo 2°.- La presente resolución entrará en vigencia a partir del 1 de marzo de 2003.

Artículo 3°.- Deróguense todas las disposiciones reglamentarias emitidas por CONASEV que se opongan a las disposiciones del Reglamento del Sistema MVNet.

Artículo 4°.- Deróguese el artículo 2° de la Resolución CONASEV N° 300-96-EF/94.10.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Carlos Eyzaguirre Guerrero
Presidente
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

REGLAMENTO DEL SISTEMA MVNET

TÍTULO I
DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- ***Alcances.-*** La presente norma es de aplicación a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de supervisión y control de CONASEV acorde con su Ley Orgánica y demás disposiciones normativas que establezcan facultades a su cargo, todas los cuales deberán utilizar obligatoriamente la Red del Mercado de Valores Peruano (MVNet), para la remisión a CONASEV de toda la información y documentación a la que se encuentran obligadas. En adelante, tales personas serán denominadas «entidades obligadas».

CONASEV remitirá también cualquier información o documentación a dichas entidades obligadas por medio del MVNet.

Artículo 2°.- ***Base legal.-***

a) Decreto Ley N° 26126 - Ley Orgánica de CONASEV;

b) Decreto Supremo N° 093-2002-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores: Decreto Legislativo N° 861;

c) Ley N° 26361- Ley de la Bolsa de Productos;

d) Decreto Legislativo N° 682 - Ley del Fondo de Inversión y sus Sociedades Administradoras;

e) Decreto Ley 21907 - Ley de Fondos Colectivos;

f) Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General;

g) Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales y su Reglamento;

h) Decreto Legislativo N° 681 - Ley del Uso de Tecnologías Avanzadas en Materia de Archivo de Documentos e Información de Entidades Públicas y Privadas o de la Tecnología de Microformas, normas ampliatorias, modificatorias y reglamentarias;

i) Código Civil;

j) Código Procesal Civil;

k) Ley N° 27806 - Ley de Transparencia.

Artículo 3°.- *Términos.-* Los términos que se indican tienen el siguiente alcance para efectos de la presente norma:

a) CONASEV: Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores;

b) Bolsas: las bolsas de valores;

c) Documento electrónico: conjunto de datos basados en bits o impulsos electromagnéticos, elaborados, generados, transmitidos, comunicados y archivados a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo;

d) Registro: el Registro Público del Mercado de Valores;

e) MVNet: Red del Mercado de Valores peruano;

f) PKI: *Public Key Infrastructure*, sistema criptográfico asimétrico en el que se basan los certificados digitales;

g) Ley: TUO de la Ley de Mercado de Valores, Decreto Supremo N° 093-2002-EF;

h) Intercambio de Información: Cualquier clase de comunicación, envío, recepción, notificación, transmisión, consulta o término análogo de información o documentos efectuado a CONASEV, o de CONASEV a las entidades obligadas vía MVNet;

i) Bitácora: Archivo que contiene el registro cronológico de todos los eventos realizados en el MVNet, en cada evento se especifica la fecha, hora, tipo de transacción, empresa, usuario y tipo de evento realizado;

j) Información no estructurada: Referido a información contenida en un archivo cuyo formato es libre, se refiere a documentos generados por software procesadores de textos;

k) Información estructurada: Información contenida en un archivo el cual tiene una estructura y extensión definida; y, ha sido requerido por CONASEV a través de «Especificaciones Técnicas para el envío de Información»;

l) Medio Físico: Soporte documental en medios materiales o tangibles, tales como soporte papel, CD, casete de audio o video, etc.

Artículo 4°.- *Principio de equivalencia funcional.-* Por medio del principio de equivalencia funcional, los actos jurídicos realizados por medios electrónicos que cumplan con las disposiciones jurídicas vigentes, poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios convencionales, pudiéndolos sustituir para todos los efectos legales.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Firmas y Certificados Digitales y su reglamento, los documentos e información firmados digitalmente pueden ser presentados y admitidos como prueba en toda clase de procesos judiciales y procedimientos administrativos.

Artículo 5°.- *Otros principios.-* El intercambio de información vía MVNet se regirá por los principios de veracidad, neutralidad tecnológica, calidad de información, publicidad y transparencia en las operaciones.

En virtud de la aplicación del principio de veracidad contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo General, los documentos e información de toda clase, incluida la anexada o inserta que presenten las entidades obligadas a CONASEV, conlleva la realización de acciones de fiscalización posterior a cargo de CONASEV.

TÍTULO II
DEL MVNet

Artículo 6°.- *Definición del MVNet.-* El MVNet, es un sistema electrónico de intercambio de información, basado en tecnología PKI, que utilizando la tecnología de las firmas digitales e Internet, permite el intercambio de información seguro y eficiente, entre las entidades obligadas y CONASEV.

El MVNet como toda transacción electrónica segura, reúne y garantiza los siguientes elementos de seguridad:

a) *Autenticación:* Proceso técnico que permite determinar la identidad de la persona que firma digitalmente, en función del mensaje firmado por ésta y al cual se le vincula.

b) *Confidencialidad:* Característica que determina que el contenido del mensaje encriptado y firmado digitalmente no podrá ser leído por una persona no autorizada.

c) *Integridad:* Característica que indica que el mensaje de datos, el documento electrónico o la información enviada, no han sido alterados accidental o maliciosamente desde el inicio de la transmisión por el remitente hasta su recepción por el destinatario.

d) *No Repudio:* Característica que indica que el emisor del mensaje de datos, del documento electrónico o de la información que han sido digitalmente firmados no puede negar haberlos transmitido o el destinatario haberlos recibido.

e) *Sello de Tiempo:* Servicio de valor agregado mediante el cual una tercera parte neutral otorga fecha y hora cierta de una transacción electrónica, característica que es usada para fijar momentos de recepción de información en domicilios electrónicos.

Artículo 7°.- *Aplicaciones jurídico-informáticas incorporadas en el MVNet.-* En el MVNet se encuentran integradas las siguientes aplicaciones jurídico – informáticas y funcionales:

a) De control de acceso;

b) De firma digital de los documentos a ser enviados por las entidades obligadas y CONASEV;

c) De transmisión telemática segura de los documentos;

d) De formularios web;

e) De generación y entrega de cargos electrónicos con sello electrónico de tiempo;

f) Del domicilio electrónico de las entidades obligadas y CONASEV;

g) De auditabilidad y disponibilidad de la bitácora en el MVNet;

h) Del Pago Electrónico, como funcionalidad opcional para las entidades obligadas.

TÍTULO III
DE LAS ENTIDADES OBLIGADAS

Artículo 8°.- ***Exigibilidad de la obligación del uso del MVNet. Modificado por RC N° 115-2004-EF/94.10.-*** Una persona natural o jurídica se constituye en entidad obligada al ingresar en el ámbito de supervisión y control de CONASEV, a partir del momento de su inscripción en el Registro Público del Mercado de Valores o desde el momento que resulte eficaz cualquier otro acto administrativo que las someta a su ámbito de supervisión y control.

Para los casos en los que se tramite una inscripción en el Registro Público del Mercado de Valores o cualquier otro acto que conlleve el someterse al ámbito de supervisón de CONASEV, será obligatorio, además de los requisitos que establezca la normativa pertinente, adjuntar una copia del contrato de servicios de certificación digital suscrito con una Entidad de Registro o Certificación debidamente acreditada de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y su reglamento.

Excepcionalmente, y previa solicitud fundamentada de parte, la Gerencia General, o en su caso, la Gerencia de Mercados y Emisores, podrá otorgar, a las entidades obligadas que tengan valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores que aún no cuenten con un sistema de certificación, un plazo de 15 días útiles para que puedan habilitar dicho sistema y acreditarlo ante CONASEV presentando el contrato de servicios de certificación digital. El plazo es de carácter improrrogable.

Si una entidad no obligada a utilizar el MVNet inicia un trámite o procedimiento cuyo resultado la convertirá en entidad obligada, toda comunicación a CONASEV en el marco de dicho trámite o procedimiento deberá efectuarla por el medio previsto en la norma que regula dicho procedimiento o, alternativamente a través del medio que CONASEV determine en cada caso concreto.

Artículo 9°.- ***Del uso obligatorio de los certificados digitales.-*** Los representantes de las entidades obligadas deberán firmar digitalmente todos los documentos electrónicos que remitan a CONASEV vía MVNet.

Artículo 10°.- ***Responsabilidad por el contenido de la información transmitida.-*** Las entidades obligadas serán responsables por la veracidad del contenido de la información remitida a CONASEV, vía MVNet.

Asimismo, CONASEV será responsable de la veracidad de la información que remita a las entidades obligadas, a través del MVNet.

Artículo 11°.- ***Hechos de importancia e información reservada.-*** De conformidad con la Ley, la calificación de un hecho de importancia, así como la reserva del mismo es de cargo de la entidad obligada.

En tal sentido, la remisión de un hecho de importancia deberá realizarse de manera independiente, es decir, como un documento distinto al que contiene la información calificada como reservada.

La información calificada y comunicada por la entidad obligada como hecho de importancia, será publicada instantánea y automáticamente en la página web de CONASEV y en las páginas web de las Bolsas respectivas, por lo que será de entera responsabilidad de la entidad obligada la difusión al mercado de aquellos hechos calificados como de importancia.

Debe entenderse que para los casos en que CONASEV o la Bolsa respectiva, de ser el caso, difunda en el mercado la integridad de la información comunicada como

hecho de importancia por la entidad obligada, no son de aplicación los artículos 45° y 46° de la Ley.

TÍTULO IV
DE LA INFORMACIÓN QUE LAS ENTIDADES OBLIGADAS REMITEN A CONASEV

Artículo 12°.- ***Uso del MVNet como medio único.-*** Deben entenderse modificadas todas aquellas resoluciones CONASEV y normas de rango inferior, incluyendo circulares, en las que se señala un medio específico, obligatorio u opcional, para el envío de información a CONASEV, entendiendo todos esos medios reemplazados por el MVNet, con las excepciones que esta misma norma establezca.

Todos los documentos e información que las entidades obligadas deben presentar a CONASEV, incluyendo toda clase de anexos e insertos, escrituras públicas, documentos administrativos, actas de directorio o junta general de accionistas o socios, actas de toma de decisiones, copias legalizadas, y cualquier otro documento en soporte papel o análogo, y en general, toda clase de medio documental, deben ser digitalizados o convertidos a soporte electrónico para su presentación telemática vía MVNet, salvo las excepciones previstas en la presente norma o en normas que CONASEV pueda emitir a futuro.

Artículo 13°.- ***Autoservicio avanzado de digitalización documental. Modificado por RC N° 115-2004-EF/94.10.-*** Cuando una entidad obligada así lo solicite, podrá hacer uso del Centro de Servicio de Digitalización Documental que CONASEV tiene instalado en su local institucional con el objeto de digitalizar los documentos o información en soporte papel o análogo que deban presentar, para su inmediata presentación vía MVNet en dicho local.

De manera conjunta, con la información en medios físicos se deberá presentar el Formulario de Autorización para la presentación de Información en Medios Físicos. En los casos que se presente Hechos de Importancia se deberá presentar adicionalmente el Formulario de Tipificación de Hechos de Importancia.

El uso de este servicio por parte de las entidades obligadas se debe realizar dentro del horario oficial de atención de CONASEV y no las exime del cumplimiento normal de los plazos y fechas establecidas en las disposiciones aplicables para la presentación de documentos e información a que se encuentran obligadas.

De conformidad con lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cantidad y forma de cancelación de los derechos por el uso de los servicios del Centro de Servicio de Digitalización de CONASEV se determina en el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos - TUPA, de CONASEV.

Artículo 14°.- ***Documentación original y en medio físico.-*** La presente resolución no es de aplicación a aquellos documentos enviados por una entidad obligada que, dada su naturaleza, CONASEV deba mantener necesariamente en original y en medio físico.

Artículo 15°.- ***Cargos electrónicos MVNet. Modificado por RC N° 115-2004-EF/94.10.-*** Se denomina cargo electrónico MVNet al acuse de recibo que en calidad de respuesta inmediata da el MVNet a cada envío de información de las entidades obligadas. Los cargos electrónicos son firmados digitalmente por CONASEV.

Se generará un cargo electrónico de recepción para toda información no estructurada que se reciba a través del MVNet.

Para la información estructurada se generará un cargo electrónico de recepción y validación cuando ésta se reciba a través del MVNet y una vez que haya sido procesada y cumpla con todos los requisitos legales y técnicos.

En los casos de presentación de información en medios físicos, también se emitirá un cargo electrónico de recepción y, en su caso, de validación.

Artículo 16°.- ***Medio de prueba.-*** En caso de conflicto sobre la oportunidad del cumplimiento de las obligaciones de informar a CONASEV, las entidades obligadas podrán utilizar los cargos electrónicos de recepción o de recepción y validación, según sea el caso, como medio de prueba del cumplimiento de su obligación.

Adicionalmente, para acreditar la oportunidad en que las entidades obligadas dieron cumplimiento a sus obligaciones de información CONASEV se encuentra obligada a proporcionar la bitácora del MVNet en la cual se registran todos los eventos que las entidades obligadas y CONASEV efectúan a través del MVNet.

Artículo 17°.- ***Horarios. Modificado por RC N° 115-2005-EF/94.10.-*** El envío de información o documentación vía MVNet podrá realizarse durante las 24 horas del día, los siete días de la semana, salvo disposición expresa de CONASEV.

La información o documentación remitida por la entidad obligada a CONASEV, se entenderá recibida en la fecha que figure en el respectivo cargo electrónico. de recepción y, en su caso, de validación.

Artículo 18°.- ***De la ventanilla única electrónica. Modificado por RC N° 115-2004-EF/94.10.-*** El MVNet se constituye en la ventanilla única para presentar la información que cualquiera de las entidades obligadas tenga que enviar a CONASEV y a una de las Bolsas, de manera conjunta.

La información se entenderá remitida a ambas instituciones a la vez mediante el envío de la referida información vía MVNet.

De este modo, deberá ser enviada por el MVNet la información financiera, los hechos de importancia y cualquier otra información que de manera conjunta una entidad obligada deba presentar a ambas instituciones.

En los casos en que la entidad obligada presente la información en medios físicos, CONASEV también actuará como ventanilla única, remitiendo la información a las Bolsas vía MVNet, de ser el caso.

TÍTULO V
DE LA INFORMACIÓN QUE CONASEV REMITE A LAS ENTIDADES OBLIGADAS

Artículo 19°.- ***Domicilio electrónico.-*** El domicilio electrónico de CONASEV y el de las entidades obligadas se encuentra alojado en el servidor seguro del MVNet, al cual se accede a partir de la página web de CONASEV.

CONASEV asigna el domicilio electrónico a todas aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentran dentro de su ámbito de supervisión a partir del momento mismo en que adquieren la calidad de entidades obligadas.

Artículo 20°.- *Notificaciones vía MVNet.*- Toda notificación que CONASEV remita a las entidades obligadas vía MVNet, deberá enviarse al domicilio electrónico de la entidad obligada.

Artículo 21°.- *Momento y eficacia de las Notificaciones.*- Las notificaciones de CONASEV a las entidades obligadas, se entienden realizadas cuando estas se depositen en el domicilio electrónico de la entidad obligada.

El medio para acreditar la recepción de la información por parte de las entidades obligadas estará dado por los registros respectivos contenidos en la bitácora del MVNet, que estarán disponibles para las entidades obligadas cuando éstas lo requieran.

TÍTULO VI
DE LAS CONTINGENCIAS

Artículo 22°.- *Excepciones al uso del MVNet.*- Cuando las entidades obligadas se vean imposibilitadas de utilizar el MVNet para cumplir con sus obligaciones de remisión de información y documentación, la Gerencia General de CONASEV determinará la utilización de cualquier otro medio para el cumplimiento de las mismas.

En tales supuestos el medio escogido deberá utilizarse durante todo el trámite o procedimiento. CONASEV quedará vinculada al medio seleccionado debiendo, por tanto, requerir información o efectuar notificaciones por el mismo medio seleccionado.

Artículo 22° -A.- Artículo 2°.- Incorporar al Reglamento del Sistema MVNet, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 008 2003 EF/94.10, el siguiente artículo:

Artículo 22°-A.- Contingencia eximentes del uso de MVNet

Se consideran causales de contingencias eximentes del uso de MVNet, los siguientes supuestos:

a. Cuando la información que requiere ser remitida a CONASEV es voluminosa, de modo que no sea posible trasmitirla vía MVNet.

b. Cuando se presenten problemas o desperfectos técnicos imputables al proveedor de Internet de la entidad obligada.

c. Problemas técnicos imprevisibles con el sistema de envío de información a través del Sistema MVNet debido a la no disponibilidad del sistema en CONASEV.

La presentación de información en medios físicos implica, para las entidades obligadas, la responsabilidad por la veracidad del contenido de la información, y por las consecuencias de su divulgación, así como la aceptación y conformidad respecto a la integridad e identidad del documento escaneado respecto del documento presentado.

Artículo 23°.- Prórroga de plazo legal.- Si por causas no atribuibles a las entidades obligadas, el MVNet no puede ser utilizado, los plazos se entenderán prorrogados al primer día hábil siguiente de concluida la contingencia, conforme con lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

Las entidades obligadas se encuentran sujetas a un periodo de adecuación al uso del MVNet desde el 1° de marzo al 31 de mayo de 2003.

Durante el periodo de adecuación las entidades obligadas pueden optar por el uso obligatorio del MVNet; quedando sometidas a partir de dicho momento a cumplir con lo estipulado en el presente Reglamento.

BIBLIOGRAFÍA

Contratos

ACOSTA, Miguel, *Derecho bancario*, Porrúa, México, 1983.

ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

ALVARADO WEFFER, Antonio y CIFUENTES, Luis Enrique, "El Comercio Electrónico en Venezuela", en: *Comercio Electrónico*, Tomo 3, Dirección: Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos Soto Coaguila, Ara–Temis, Lima–Bogotá, 2003.

ARIAS–SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS SCHREIBER MONTERO, Angela, *Los Contratos Modernos*, 2 tomos, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

ARIAS–SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, Librería Studium Ediciones, Lima, 1986.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Angela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Ediciones San Jerónimo, Lima, 1988.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, "La Tarjeta de Crédito", en *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Lima, enero 1994, N° 1.

ARRUBLA PÁUCAR, Juan Alberto, *Contratos Mercantiles*, Tomo II, Biblioteca Jurídica Dike, 2ª edición, Bogotá, 1992.

ASCARELI, Tulio, *Panorama de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1948.

BADENES GASSET, Ramón, *La compraventa*, T. I, Bosch, Barcelona, 1980.

BAQUERO SARMIENTO, Angela María, *El Contrato de Suministro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1988.

BARBERO, Domenico, *Sistema de derecho privado*, Ejea, Buenos Aires, 1967.

BARBOZA LUIS, Guillermo y CASTAÑEDA DE BARBOZA, Marlene, *Contratos Bancarios*, Themis, Bogotá, 1978.

BARREIRA, Eduardo, *Leasing. Aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos*, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1978.

BENITEZ AGUILAR, R., "Las empresas de Factoring", en: XXI *Semana de Estudios Financieros*, Madrid, 1974.

BENELBAZ, Héctor Angel, *Factura Conformada*, Depalma, Buenos Aires, 1965.

BERGEL, Salvador; DARÍO, Martín; ESTEBAN, Antonio, *Factura de Crédito*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

BERTELLO, Gustavo, *Los contratos de celebración empresarial*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

BESCÓN TORRES, *Factoring y Franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Madrid, 1990.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BOCARRO CASTAÑEDA, Pablo Enrique, *Títulos de crédito*, Ediciones Meru, Buenos Aires, 1980.

BOLLINO SHAW, Carlos y BONEO VILLEGAS, Eduardo J., *Manual de Operaciones Bancarias y Financieras*, 3° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

BONEO VILLEGAS, Eduardo y BARREIRA DELFINO, Eduardo, *Contratos bancarios modernos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

BONFANTI, Mario Alberto; GARRONE, José Alberto, *De los Títulos de crédito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

BORDA, Alejandro, *El Crédito documentario*, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1991.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *El delito informático en el Código Penal Peruano*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997.

BRAVO MELGAR, Sidney, *Contratos Modernos Empresariales*, Editorial San Marcos, Tomo I, Lima, 1998.

BRAVO MELGAR, Sidney, *Contratos Modernos Empresariales*, Editora Fecat 1999, Tomo II, Lima, 1999.

BROSETA PONS, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1986.

BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación de las obligaciones y el derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1965.

BUERES, Alberto, *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

BURGOS PUYO, Andrea, "Los contratos con el consumidor en Internet", en: *El contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

CABANELLAS, Guillermo, *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos,* Heliasta, Buenos Aires, 1984.

CAIVANO, Roque J., *Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos,* Ad Hoc, Buenos Aires, 1993

CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., *El Contrato de Leasing. Legislación y Jurisprudencia,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

CAMPOS, Luis, *Finanzas para la inversión*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1983.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ IZAGA, Manuel, *El arbitraje en el Perú. Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras,* Fundación Manuel Bustamante de la Fuente, Lima, 1994.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, "Algunas consideraciones acerca del denominado contrato de arrendamiento financiero.", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 21, Lima, 1986.

CARMONA, Carlos, *El contrato de leasing financiero,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

CASTILLO FREYRE, Mario, *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1996.

CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional,* Civitas, Madrid, 1991.

CHULÍA VICENT, Eduardo y BELTRÁN Alandete, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos,* Bosch, Barcelona, 1999.

CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

CLENDENNING, E.W., *The Eurodollar Market,* Clarendon Press, Oxford, 1970.

COGORNO, Eduardo, *Teoría y Técnica de los nuevos contratos comerciales,* Ed. Merú, Buenos Aires, 1979.

COILLOT, Jacques, *El leasing,* Ed. Mapfre, Madrid, 1977.

CORNEJO RAMÍREZ, Enrique, *Comercio Internacional: hacia une gestión competitiva,* 2ª Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

CORRALES, José y GARCÍA BARBÓN, Juan, *Sociedades de financiación, leasing y factoring,* Civitas, Madrid, 1991.

CUBILLOS VELANDÍA, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico,* Ediciones Jurídicas Gonzalo Ibáñez, Bogotá, 2002.

DE SEMO, Giorgio, *Instituzioni di Diritto privado,* Firenze, 1975.

DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles,* Harla, México, 1983.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social: Tecnología y derecho privado,* Civitas, Madrid, 1981.

DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Tomo I, Civitas, Madrid, 1996.

DURÁN SINDREU, Antonio, *Fiscalidad de las operaciones de leasing: reflexión en torno a su conveniencia y análisis de posibles controversias,* Bosch, Barcelona, 1988.

ESCOBAR, Rodrigo, *El contrato de leasing financiero*, Temis, Bogotá, 1984.

ETCHEBERRY, Raúl Aníbal, *Derecho comercial. Contratos. Parte especial,* Astrea, Buenos Aires, 1991.

FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos,* Astrea, Buenos Aires, 1994.

FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo, *Régimen Tributario del Comercio Electrónico,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.

FLORES POLO, Pedro, *Código de Comercio,* Ediciones JV, Lima, 1980.

FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho comercial argentino,* Vol. II, Contratos comerciales, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1969.

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *El Arbitraje Internacional,* Lima, 2004.

GARCÍA CRUCES, Gonzalo, *El contrato de factoring,* Madrid, 1990.

GARCÍA DE ENTERRIA, Javier, *Contrato de factoring y cesión de créditos,* Madrid, 1996.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, *El Contrato de factoring,* Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

GARRIDO CORDOVERA, Lidia M.R., *El Leasing,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil,* 2 tomos, Temis, Bogotá, 1987.

GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios,* 2ª Edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1975.

GASPAR SILVA LERA, *El ámbito de aplicación del arbitraje,* Aranzandi, Pamplona, 1998.

GETE, Alonso y CALERA, María del Carmen, *El Pago mediante Tarjetas de Crédito*, La Ley, Madrid, 1990.

GHERSI, Carlos, *Contratos civiles y comerciales,* Astrea, Buenos Aires, 1990.

GÓMEZ-REY, Fernando Javier, *Créditos y Préstamos Internacionales,* Ed. Del Foro, Madrid, 1982.

GORLA, Gino, *El contrato,* Bosch, Barcelona, 1965.

Gutiérrez, Laureano, "Factura Cambiaria", en: *Revista Jurídica de Buenos Aires,* Nº 3, 1966.

GUYENOT, Jean, *Que es el Franchising*, Ejea, Buenos Aires, 1977.

HANCE, Oliver, *Leyes y Negocios en Internet,* McGraw Hill, México, 1966.

HERRERA B., Rodolfo, *Derecho Informático*, Ed. La Ley, Santiago de Chile, 1999.

HOCSMAN, Heriberto Simón, *Negocios en Internet,* Astrea, Buenos Aires, 2005.

HUGO VIZCARDO, Silfredo, *Delitos Informáticos. Estudio Dogmático Jurídico,* Biblioteca de textos universitarios, Lima, 2004.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, "Contratos Bancarios Modernos. El Fideicomiso y la Tarjeta de Crédito", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* Lima, Editorandina, octubre-diciembre, N° 25, 1987.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho comercial. Orientaciones y temas modernos,* Universidad de Lima, 1987.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "El leasing. Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", en: *Revista de Derecho Mercantil,* Nº 119, Madrid, 1971.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica,* Civitas, Madrid, 2000.

JORDANO BAREA, Juan Francisco, "Los Contratos Atípicos", en: Universidad de Lima, *Maestría en Derecho Empresarial. Materiales de Lectura. Derecho Civil Patrimonial.*

LABIANCA, U., "Factoring", *en Revista di Dirito Común,* Nápoles, 1979.

LAVALLE COBO, Jorge y PINTO, Carlos, *Leasing mobiliario,* Astrea, Buenos Aires, 1982.

LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno,* Astrea, Buenos Aires, 1974.

LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código civil peruano,* T. I, Ediar, Buenos Aires, 1954.

LEÓN BARANDIARÁN, José, *Contratos en el derecho civil peruano,* Lima, 1975.

LEÓN BARANDIARÁN, José, *Tratado de derecho civil,* T. V, W.G. Editor, Lima, 1992.

LEYVA SAAVEDRA, José, "El Contrato de Factoring", en *Revista de los Negocios,* Num. 110, noviembre 1999, Madrid.

LEYVA SAAVEDRA, José, *El contrato de Leasing,* Grijley, Lima, 1995.

LEYVA SAAVEDRA, José, *Tratado de Derecho Privado,* San Marcos, Lima, 1998.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El Arbitraje,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1987.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El negocio jurídico,* Grijley, Lima, 1994.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Compraventa-Leasing- Permuta-Suministro,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

LÓPEZ FRIAS, Ana, Los Contratos Conexos. *Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal,* Bosch, Barcelona, 1994.

LÓPEZ Y REYES, Amelia Ruth, *La Tarjeta de Crédito. Aspectos Jurídico y Económico,* Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1998.

LÓPEZ, Fernando, *Sociedades de leasing, Estudio jurídico,* Ministerio de Hacienda, Madrid, 1977.

LORCA NAVARRETE, Antonio y MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho de Arbitraje,* 6ª ed., Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003.

LORCA NAVARRETE, Antonio, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre,* Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003.

LORENZETTI, Ricardo L., Comercio Electrónico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

LORENZETTI, Ricardo y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, Comercio electrónico, Ara-Temis, Lima-Bogotá, 2003.

MADRID PARRA, Agustín, "Tramitación y contenido de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas" en: *El contrato por medios electrónicos,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MARTÍN OVIEDO, José, *El leasing ante el derecho español,* Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972.

MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresas,* Depalma. Buenos Aires, 1997.

MARZORATI, Oswaldo R., *El contrato de franchising en el derecho comparado actual. Sistemas de distribución comercial,* Astrea, Buenos Aires, 1990.

MASSAGUER, José, *El contrato de licencia de know-how,* Bosch, Barcelona, 1989.

MATEU DE ROS, Rafael, "El consentimiento y el proceso de contratación electrónica", en: *Derecho de Internet,* Aranzandi, Pamplona, 2001.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato,* Ejea, Buenos Aires, 1986.

MOLLE, Giacomo, *Manual de derecho bancario,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

MONTOYA ALBERTI, Hernando, "El contrato de leasing", en: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, T. IX, Lima, 1994.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos,* Ediar, Buenos Aires, 1987.

MUGUILLO, Roberto, *Tarjeta de Crédito. Régimen Legal. Doctrina. Jurisprudencia,* Buenos Aires, Astrea, 1985.

MUNNÉ CATARINA, Frederick, *El arbitraje en la Ley 60/2003,* Ed. Experiencia, Barcelona, 2004.

MUÑOZ, Luis, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros,* Ed. Universal, Buenos Aires, 1981.

NÚÑEZ PONCE, Julio, "La Contratación Electrónica", en: *Contratos, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Modelos,* Ed. Rao, Lima, 2002.

OLIVERA, Ricardo, *El leasing: Análisis de su régimen jurídico,* Ediciones Jurídicas A. Fernández, Montevideo, 1985.

ORTEGA TRUJILLO, Jaime, *La Tarjeta de Crédito,* 2ª ed., Editorial Edino, Guayaquil, 1994.

ORTÚZAR SOLAR, Antonio, *El Contrato de Leasing*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.

OSSORIO, Ángel, *El contrato de opción,* Uteh, México, 1963.

PACHECO CAÑETE, Matilde, *El Contrato de Lease-back,* Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAOLANTONIO, Martín E., *Operaciones financieras internacionales,* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

PAZ-ARES, Cándido, "El Comercio Electrónico", en: *Derecho de Internet,* Aranzandi, Pamplona, 2001.

PÉREZ T. MELBA, Rocío, "Aspectos Generales en la contratación por medios electrónicos", en: *El contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

PLAZA PENADÉS, Javier, "La firma electrónica y su regulación en el Derecho Español", en: *Comercio electrónico*, Tomo 3, Dirección: Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coaguila, Ara-Temis, Lima-Bogotá, 2003.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El arbitraje,* Montecorvo, Madrid, 1991.

REZZÓNICO, Juan, *Contratos con cláusulas predispuestas,* Astrea, Buenos Aires, 1987.

RICO CARRILLO, Marilliana, *Comercio Electrónico, Internet y Derecho,* Ed. Legis, Caracas, 2003.

RICO PÉREZ, Francisco, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra:* La *contratación por leasing en España,* Reus, Madrid, 1974.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, *El contrato de factoring y su regulación por el derecho español,* Madrid, 1976.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Los Contratos Bancarios: su significación en América Latina,* 4ª edición, Ed. ABC, Bogotá, 1990.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Derecho de seguros y reaseguros,* Cultural Cuzco, Lima, 1987.

RODRÍGUEZ, Alfredo, *Técnica y organización bancaria,* Ed. Macchi, Buenos Aires, 1980.

RODRÍGUEZ, Ernesto Máximo, "Factura Conformada", en: *Revista Estudios de Derecho Comercial,* Nº 4, San Isidro, Argentina, 1985

ROJO AJURIA, Luis, *Leasing mobiliario,* Tecnos, Madrid, 1987.

ROLIN, Serge, *El leasing*, Pirámide, Madrid, 1974.

SÁEZ CAPEL, José, *Informática y Delito*, 2ª edición, Ed. Proa XXI, Buenos Aires, 2001.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada,* Montecorvo, Madrid, 1966.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil. Teoría y Práctica,* Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978-79.

SARMIENTO RICAUSTI, Hernando, *La Tarjeta de Crédito. Su aspecto Jurídico y Económico,* Temis, Bogotá, 1973.

SEGURADO, Juan, *El leasing,* Ed. De Vecchi, Barcelona, 1992.

SEGURADO, Juan, *Todo sobre el leasing,* Bosch, Barcelona, 1987.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal y OLAVO BAPTISTA, Luiz, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional,* Fondo Editorial PUC, Lima, 1993.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Contratos de Comercio Internacional,* Fondo Editorial PUCP, 3ª edición, Lima, 1998.

STEWART BALBUENA, Alberto, "El leasing como instrumento financiero empresarial", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* Nº 21, Lima, 1986.

STEWART BALBUENA, Alberto, *El Fideicomiso como negocio fiduciario,* Grijley, Lima, 1996.

STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor,* Depalma, Buenos Aires, 1985.

STUMPF, Herbert, *El contrato de know-how,* Temis, Bogotá,1989.

TOBAR, José, *Banca para empresas,* Ed. Deusto, Bilbao, 1982.

TORRES ÁLVAREZ, Hernán, *El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *El Contrato de Suministro,* Cultural Cuzco, Lima, 1988.

Trujillo Calle, Bernardo, "Las Facturas Cambiarias", en: *Revista Estudios de Derecho,* Nº 83, Medellín, 1973.

VALLESPINOS, Carlos, *El contrato por adhesión o cláusulas generales,* Universidad, Buenos Aires, 1984.

VÁSQUEZ GARCÍA, Ramón, "El Contrato de factoring", en: *Contratos Bancarios y Parabancarios,* Ed. Nova, Madrid, 1998.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "En torno a los contratos electrónicos", en: *Contratación Contemporánea,* T. 2, Dirección: Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coaguila, Ara-Temis, Lima-Bogotá, 2003.

VIDAL BLANCO, Carlos, Leasing, *Una innovación en la técnica de la financiación,* Ministerio de Hacienda, Institutos de Estudios Fiscales, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1977.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral,* Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

VILLAR, José Manuel, "Una aproximación a la firma electrónica", *en Derecho de Internet,* Aranzadi, Pamplona, 2001.

VILLEGAS, Carlos, *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria,* Depalma, Buenos Aires, 1985.