

MANUAL DE DERECHO EN LOS NEGOCIOS

.....

Gonzalo Costa Vindrola (Director)
Alejandro Zavala Ruiz (Subdirector)



THOMSON REUTERS

Manual de Derecho en los Negocios

© ECB Ediciones S.A.C.

Página web: www.thomsonreuters.com.pe

Correo electrónico: tr.publicaciones@thomsonreuters.com

Central telefónica: (511) 707-5933

Llamada gratuita: 0800-77116

Domicilio: Av. Víctor Andrés Belaunde 332, Of. 302
San Isidro, Lima - Perú

© Gonzalo Costa Vindrola (Director)

© Alejandro Zavala Ruiz (Subdirector)

Primera edición - Octubre 2016 - 300 ejemplares

Derechos reservados

D. Leg. 822 (22.04.96)

Prohibida la reproducción total o parcial
sin la autorización expresa de la editorial.

Depósito legal - Ley 26905 (20.12.97)

Editor: ECB Ediciones S.A.C.

Para su sello editorial



THOMSON REUTERS

Hecho el depósito legal en la

Biblioteca Nacional del Perú: XXXXXXXX

Registro ISBN: XXXXXXXXXXXXXXXx

Registro del Proyecto Editorial: XXXXXXXXXXX

© Artistas gráficos:

Alfredo Armenta, Omar Valdivia,

Ángel Barajas, María Hernández

© Impresión y encuadernación:

Talleres Gráficos de Editorial Tinco S.A.

CAPÍTULO IV FINANCIACIÓN EMPRESARIAL

Martín Melgarejo⁽¹¹⁴⁾

Joe Navarrete⁽¹¹⁵⁾

I. Introducción

Hemos optado por una descripción práctica y sencilla, que permita al lector entender e identificar muy fácilmente las características de los contratos bancarios más relevantes en el mercado.

II. Mecanismos de financiamiento

2.1. Noción de mercado

En términos sencillos, decimos que el mercado es la plataforma en la que vendedores y compradores se reúnen para realizar acuerdos comerciales, ya sea directamente o indirectamente. No se limita a un espacio físico.

Consecuencia de dicha interacción entre demandantes y ofertantes, se logra fijar un precio a los bienes materia de negociación entre ambos agentes, es decir, en virtud de la oferta y la demanda.

(114) Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho Bancario y Financiero por el Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF) de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría.

(115) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Asociado en Payet, Rey Cauvi, Pérez Abogados.

2.2. Mecanismos de financiamiento

Las empresas que están en constante búsqueda de recursos que les permita desarrollar nuevos proyectos para obtener competitividad en el mercado, tienen dos posibilidades para captar dichos recursos: financiamiento interno o externo.⁽¹¹⁶⁾

El financiamiento interno son los recursos con los que cuenta y que ha originado la propia compañía a través de capitalización de utilidades, aumentos de capital social y otros. Mientras que el financiamiento externo es, como su nombre lo dice, buscar afuera de la compañía, es decir, acudir al mercado de capitales.

En el mercado de capitales se realiza actividad de intermediación directa e indirecta, siendo que cuando hablamos de intermediación directa nos referimos por excelencia al mercado de valores, y cuando nos referimos a intermediación indirecta al mercado bancario.

El mercado de valores se divide en mercado primario y secundario, donde el primario es el de las primeras emisiones y el secundario donde se negocian los valores ya emitidos.

Finalmente, en lo que a nosotros respecta, nos enfocaremos en el mercado bancario, comentando desde un punto práctico cada uno de los principales contratos bancarios: (i) contrato de préstamo, (ii) contrato de arrendamiento financiero, (iii) contrato de *factoring*, y (iv) fideicomiso bancario.

III. Contratos bancarios

3.1. Contrato de préstamo

En el contrato de préstamo abordaremos cada una de las características más relevantes de las cláusulas que se suelen negociar entre el banco y el prestatario.

3.1.1. Tasa de interés compensatorio

El interés compensatorio es la tasa que el banco ha negociado con el cliente por el monto prestado y que se refleja mediante una tasa efectiva anual. Lo usual es que

(116) No podemos dejar de mencionar que en la actualidad existen nuevas formas de financiamiento, como es el *crowdfunding* o *crowdlending* que ha obligado a muchos países a regular su actividad. No es el caso del Perú, que ha preferido emitir una circular “advirtiendo” que dicha actividad no se encuentra regulada.

el interés compensatorio sea adicional a cualquier reembolso por gastos, comisiones, servicios y tributos a que hubiere lugar.

Asimismo, para el pago de los intereses compensatorios se suele pactar que el banco aplicará a todo monto que reciba el siguiente orden: (i) reembolso de gastos pendientes de pago, (ii) pago de comisiones, (iii) pago de intereses moratorios, (iv) pago de interés compensatorio y (v) capital del préstamo.

Finalmente, en caso el préstamo sea en moneda extranjera, es común que las partes suelen pactar en contrario respecto de lo dispuesto por el artículo 1237 del Código Civil; y que en caso, no se pueda pactar en contrario por mandato obligatorio se aplique un tipo de cambio ya establecido por el banco y el cliente.

3.1.2. Tasa de interés moratorio

Es el interés que se paga por concepto de incumplimiento, como ya sabemos el incumplimiento puede ser parcial o total.

En ese sentido, se suele pactar en este tipo de contratos que el cliente en caso de incumplimiento en el pago, ya sea por amortización del monto principal o pago de intereses compensatorios, o de cualquier otra suma que devengue en exigible, el banco tendrá derecho a cobrar en forma adicional al interés compensatorio, el interés moratorio a la tasa de interés moratorio acordada en el contrato de préstamo por el tiempo en que el incumplimiento no haya sido subsanado y se mantenga.

Por último, es usual que se acuerde el régimen de mora automática de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil.

3.1.3. Comisión de estructuración

Es la comisión que el cliente se compromete a pagar al banco como concepto de la estructuración del préstamo. Esta comisión se paga con el desembolso del préstamo.

3.1.4. Condiciones precedentes

En aquellos préstamos de tipo corporativo o de financiamiento de alguna adquisición, se suelen establecer condiciones precedentes para poder llevar a cabo la operación de préstamo. Las condiciones de cada contrato de préstamo dependerán de la concreta operación crediticia, ya que según el tipo de cliente y de operación

se podrán exigir unas u otras condiciones, sin perjuicio de que existan condiciones usuales, sobre las que se dará cuenta más adelante.

Dichas condiciones precedentes suelen dividirse en condiciones precedentes para la firma (o el “cierre”) y condiciones precedentes para el desembolso. A su vez, las fechas en las que se cumplen dichas condiciones se denominan fecha de firma (o “de cierre”) y fecha de desembolso. Por lo general, entre ambas fechas existe un espacio de tiempo (destinado a que el banco pueda realizar los procedimientos operativos para tener los fondos disponibles en la fecha de desembolso), pero nada obsta para que en la misma fecha se proceda con la firma y el desembolso.

A. Condiciones precedentes para la firma

Las condiciones precedentes para la firma son las condiciones mínimas que deben producirse para que el banco se vincule contractualmente con el cliente. Téngase en cuenta que la firma del contrato no implica que necesariamente el banco deba proceder a desembolsar los fondos a favor del cliente, ya que dicho desembolso estará sujeto a que se produzcan otro tipo de condiciones.

Las condiciones precedentes usuales para la firma en toda operación crediticia son las siguientes:

- a) Debida constitución. El banco debe tener certeza de que el cliente es una sociedad debidamente constituida y que se encuentra inscrita en el registro público correspondiente.
- b) *Due diligence*. Como parte de las operaciones crediticias de gran envergadura se realizan procedimientos de debida diligencia legal o *due diligence* destinados a poder evaluar si existe algún riesgo relevante en la celebración de la operación crediticia, debido a aquello una de las condiciones de firma es que el banco se encuentre conforme con dichos procesos de evaluación.
- c) Litigios. Dado que toda empresa en marcha está sometida a que se presenten litigios como parte de sus operaciones, los bancos cuentan con estándares para establecer hasta qué monto de litigios pueden existir sin que se presente una contingencia relevante en la operación crediticia. Es así que los clientes declaran que no existen litigios hasta un máximo de un importe dinerario (o en su caso, un máximo de su patrimonio).
- d) Poderes. A efectos de proceder con la firma, se debe asegurar que los firmantes cuenten con los poderes necesarios. Usualmente es requerido que dichos poderes se encuentren inscritos en los registros públicos, pero dependiendo de la

operación, es posible que se soliciten las copias certificadas y se establezca que la inscripción es una condición precedente para el desembolso o una obligación de hacer dentro de un plazo determinado (*covenant*).

- e) Declaraciones de firma. Sin perjuicio de la evaluación que se ha hecho bajo el *due diligence*, tal como se verá posteriormente, se solicita que el cliente emita en el contrato un conjunto de declaraciones y aseveraciones respecto de sí mismo o sus negocios, las cuales deberán ser ciertas, completas, exactas y actualizadas a la fecha de firma. Usualmente, estas declaraciones son acreditadas a través de una declaración jurada emitida por un funcionario del cliente.
- f) Ausencia de “evento sustancialmente adverso” o “efecto sustancialmente adverso”. En la fecha de firma también es suma importancia asegurar que no se haya producido ningún “evento sustancialmente adverso”, es decir una situación que afecte la condición del cliente, su capacidad para cumplir con las obligaciones del préstamo o los documentos del préstamo en sí mismos, o un “efecto sustancialmente adverso”, es decir un evento que cambie de manera adversa las condiciones del mercado nacional o internacional.

B. Condiciones precedentes para el desembolso

Las condiciones precedentes usuales para el desembolso en toda operación crediticia son las siguientes:

- a) Escrituras públicas. Antes del desembolso se deberán haber suscrito las escrituras públicas de los documentos del préstamo, salvo el pagaré o aquellos que deban ser suscritos dentro de algún plazo determinado.
- b) Pagaré. Se deberá haber entregado el pagaré respectivo al banco a efectos de que pueda hacer valer sus derechos en vía ejecutiva en caso de incumplimiento.
- c) Declaraciones de desembolso. Al igual que en el caso de la firma del contrato, se deberá asegurar que las declaraciones y aseveraciones efectuadas en el contrato se mantienen vigentes al momento del desembolso.
- d) Solicitud de desembolso. A efectos de que el banco inicie los procesos operativos, se deberá haber enviado (dentro del periodo de disponibilidad del préstamo y con la anticipación necesaria) la solicitud para proceder a realizar el desembolso del préstamo correspondiente.
- e) Subordinación. Dado que al momento del desembolso el cliente tendrá una deuda frente al banco, se deberá contar con la seguridad de que las demás deudas que tenga el cliente con sus acciones, vinculadas u otros sujetos determinados se encuentren subordinadas al pago de la acreencia frente al banco.

- f) Ausencia de “evento sustancialmente adverso” o “efecto sustancialmente adverso”

3.1.5. Otras condiciones para el desembolso

Existen otras condiciones precedentes que pueden pactar y cuya ubicación como condiciones de cierre o de desembolso dependerá de la concreta operación:

- a) Garantías. En aquellos préstamos en los que existan garantías, es crítico el otorgamiento y perfeccionamiento de ellas. Teniendo en cuenta aquello, sobre las garantías se podrán establecer diversas condiciones, ya sea que estén otorgadas, presentadas a los registros públicos o inscritas, y en cada caso, se podrán establecer ya sea como condiciones precedentes a la firma o al desembolso (o en su caso como obligaciones de hacer).
- b) Pago de gastos y comisiones. El establecimiento del momento en el cual se pagan los gastos y comisiones también será algo que depende de la operación en concreto. Sin embargo, cuando el pago es al desembolso usualmente se pacta que dichos pagos se hagan con cargo al propio desembolso.
- c) Opinión legal. Se puede pedir una opinión legal respecto de la validez y exigibilidad de la documentación del préstamo, tanto de los asesores legales del cliente como del banco.

3.1.6. Prepagos

Los prepagos son aquellos supuestos en los que el cliente realiza de forma adelantada el pago del préstamo obtenido. Dichos prepagos pueden ser voluntarios u obligatorios.

En el caso de los prepagos voluntarios a fin de que se puedan realizar será necesario que se realicen en determinadas condiciones como por ejemplo: (a) que se propague por un monto mínimo, (b) se manifieste la intención de prepagar con un plazo anticipado; y (c) se haya pagado la comisión de prepago. Respecto de la comisión de prepago, esta podrá variar (descendentemente) a medida que el préstamo se acerca a su vencimiento o ser exonerada en determinados supuestos (si se prepaga totalmente con un préstamo del mismo banco, por ejemplo).

En el caso de los prepagos obligatorios, estos se deben realizar de manera forzosa cuando han ocurrido determinados supuestos tales como la venta de un activo relevante que no haya podido ser reemplazado o cuando se determine que hayan excesos de flujos en determinados periodos.

3.1.7. Declaraciones y aseveraciones

Las declaraciones y aseveraciones son aquellos enunciados que el cliente hace a nombre propio o de terceros en los cuales da cuenta de determinadas situaciones de hecho o de derecho, las cuales afirma que son verdaderas y exactas en un tiempo determinado. Entre las principales tenemos a las siguientes:

- a) Organización. Se deberá declarar que el cliente es una sociedad debidamente constituida y existente y, por ende, con capacidad para vincularse a través del préstamo.
- b) Poderes. Se deberá declarar que se cuentan con los poderes necesarios, otorgados por los órganos corporativos correspondientes, para proceder a celebrar los documentos del préstamo.
- c) Autorizaciones gubernamentales. En este caso se declara que no se requiere autorización alguna para proceder a la suscripción o ejecución de los documentos por parte de alguna autoridad gubernamental o que de requerirla, ella ha sido obtenida.
- d) Inexistencia de conflictos. Se declara que la celebración o ejecución de los documentos del préstamo no implica que se genere algún conflicto con los estatutos sociales, la ley aplicable, algún pronunciamiento jurisdiccional o algún contrato del cual el cliente sea parte.
- e) Situación legal. En este caso se declara sobre la situación del cumplimiento de la ley por parte del cliente, sin perjuicio de una declaración general sobre la ley aplicable, se pone especial énfasis en el cumplimiento de la ley tributaria, laboral y ambiental. En estos casos se pueden establecer determinados calificativos, salvo los ambientales que usualmente no tienen alguno. Así, por ejemplo, se podrá establecer que se encuentra en cumplimiento de la ley tributaria en sus “aspectos materiales” o salvo por aquellos incumplimientos que no generen un “efecto sustancialmente adverso”.
- f) Inmunidad. Se declara que el cliente no posee alguna inmunidad frente a los órganos jurisdiccionales, esto de manera que se asegure que el banco pueda proceder a cobrar su crédito sin dificultades de este tipo.
- g) Procesos concursales. Se deberá declarar que no se encuentre sometido a proceso concursal alguno, esto a fin de que no se hayan activado los mecanismos de protección patrimonial o suspensión del pago de obligaciones a favor del cliente.
- h) Situación contractual. En este caso se declara que el cliente no se encuentra en situación de incumplimiento bajo ningún otro contrato. En estos casos, puede establecerse alguna excepción como que dicho incumplimiento no genere o su vez un incumplimiento en el contrato de préstamo (este sería el

caso en el que el cliente no ha pagado el recibo de teléfono, el cual si bien es un incumplimiento no configura a su vez en un incumplimiento bajo el contrato de préstamo).

- i) Eventos de incumplimiento. En este caso se declara que no se ha producido ningún evento de incumplimiento bajo el contrato de préstamo ni que existe alguna circunstancia que pueda originar dicho evento de incumplimiento.
- j) Procesos. Se declara que no es parte de procesos que, por ejemplo, superen un monto dinerario determinado, ni que se tiene noticia de que se iniciará alguno.

Al igual que todos los demás términos del contrato de préstamo, la operación en particular podrá ameritar que se establezcan declaraciones o aseveraciones adicionales a las aquí señaladas. Adicionalmente, se podrán establecer ciertos calificadores a algunas declaraciones, tal como se mencionó en el caso de “situación legal” o “situación contractual”.

Usualmente la falsedad o incompletitud de las declaraciones y aseveraciones son tratadas como un supuesto de incumplimiento.

3.1.8. Obligaciones o covenants

Los *covenants* son las obligaciones establecidas en el contrato de préstamo a cargo del cliente, ya sea que estas se establezcan de manera directa frente a él o si es que este se obliga a causar determinada conducta respecto de un tercero (por ejemplo, un garante: “causar que la empresa XYZ otorgue la hipoteca en un plazo no mayor de diez días hábiles). En el caso de obligaciones de “causar”, siempre es recomendable que los propios terceros puedan reconocer dichas obligaciones en los instrumentos contractuales que celebren, tales como las garantías, de modo tal que se tenga una acción directa con ellos.

Los *covenants* suelen dividirse en positivos (si es que implican una acción del cliente o del tercero), negativos (si implican una abstención o un dejar hacer por parte del cliente o del tercero) o financieros (si es que están vinculados con la medición de determinado indicador de las cuentas del cliente, el tercero o el grupo económico del cliente).

Sin perjuicio de los *covenants* que se establezcan, el cliente podrá solicitar al banco una dispensa –*waiver*– a efectos de que pueda realizar aquello a lo que se encuentra prohibido por el contrato de préstamo o hacerlo fuera de los plazos pactados.

A. Positivos

Los *covenants* positivos son todos aquellos eventos a los que el cliente se ha obligado a realizar o a causar que se realicen. Entre los principales tenemos los siguientes:

- a) Pagar las cuotas, los gastos, comisiones y penalidades, en caso existan.
- b) Mantener las obligaciones del préstamo por lo menos con estatus *pari passu*.
- c) Llevar los libros y registros contables de acuerdo con las Normas Internacionales de Información Financiera.
- d) Entregar estados financieros trimestrales y anuales.
- e) Informar sobre eventos que puedan significar un “efecto sustancialmente adverso” o un “evento de incumplimiento”.
- f) Mantener del giro del negocio.
- g) Mantener las licencias necesarias para operar (o causar que sus garantes las mantengan).
- h) Utilizar los fondos para los usos previstos.
- i) Mantener vigentes y en los mismos rangos de prelación las garantías.
- j) Tasar los bienes objeto de las garantías y entregar los documentos de sustento.
- k) Realizar operaciones con vinculadas en condiciones de mercado.
- l) Mantener los seguros de los bienes con los que opera.
- m) Informar al banco de la notificación de medidas cautelares o juicios sobre los bienes con los que opera.
- n) Subordinar los préstamos con vinculadas.

B. Negativos

Los *covenants* negativos son todos aquellos eventos a los que el cliente se ha obligado a no realizar o a causar que no se realicen. Entre los principales tenemos:

- a) Abstenerse de participar en liquidaciones o procedimientos concursales.
- b) Abstenerse de participar en reorganizaciones societarias o adquirir nuevos negocios.
- c) Abstenerse de cambiar de giro del negocio.
- d) Abstenerse de incurrir en nueva deuda si esta es por determinados montos o supera determinados ratios.
- e) Abstenerse de otorgar financiamientos (se pueden establecer ciertas excepciones).
- f) Abstenerse de otorgar garantías reales o personales (se pueden establecer excepciones, si por ejemplo son garantías en el curso ordinario de sus negocios y hasta por importes determinados).

- g) Abstenerse de disponer de sus activos (se pueden establecer excepciones sobre determinados bienes obsoletos, bienes con montos determinados u otros supuestos).
- h) Abstenerse de que suceda un supuesto de cambio de control.
- i) Abstenerse de realizar modificaciones sobre determinados contratos relevantes.

C. Financieros

Los *covenants* financieros tienen por objetivo medir ciertos ratios del cliente (o un tercero o su grupo económico), a efectos de poder determinar si se viene cumpliendo con lo pactado frente al banco.

Por ejemplo, un *covenant* usual es el que mide la cobertura del servicio de la deuda, es decir, si es que se cuentan con los recursos necesarios para pagar la deuda. Este ratio viene representado como el cociente de dividir el flujo de caja del servicio de deuda y el servicio de deuda del cliente.

Otro *covenant* financiero es el que mide la deuda financiera del cliente y el Ebitda (*earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*) que hubiera generado el cliente en un plazo determinado (usualmente doce meses), a efectos de medir el nivel de endeudamiento financiero del cliente.

3.1.9. Eventos de incumplimiento

Usualmente los eventos de incumplimiento establecidos expresamente en la cláusula de “eventos de incumplimiento” son los supuestos más relevantes frente al banco.

Los eventos de incumplimiento pueden ser:

- (a) Enunciados que hagan referencia textual o por remisión a incumplimientos de los *covenants* –de cualquier tipo– sobre los que ya hemos hecho referencia anteriormente.
- (b) Diversas y nuevas obligaciones establecidas como incumplimientos.
- (c) Un supuesto en el que se establece como incumplimiento todos aquellos supuestos no establecidos de manera específica en la cláusula de “eventos de incumplimiento” del contrato de préstamo, de esta manera a pesar de no haber pactado alguna cláusula específica de incumplimiento, igual se considerará como causal de incumplimiento.
- (d) Un supuesto en el que se establece como incumplimiento del contrato de préstamo el incumplimiento de todas aquellas obligaciones establecidas en los demás

documentos del préstamo, es decir, en las garantías principalmente y en otros documentos complementarios.

Los casos señalados en el literal (c) y (d) suelen pactarse con plazos de cursa ante los incumplimientos. Sin embargo, debe tenerse cuidado en el establecimiento de plazos de cura generales en estas cláusulas de remisión ya que podría darse el caso que dichos incumplimientos no sean susceptibles de ser subsanados o no sea conveniente para el banco otorgar dicho plazo de subsanación.

3.1.10. Otras disposiciones

A. Cesiones

a. Desde la posición del banco

La práctica nos cuenta que en esta cláusula lo que se suele acordar es que el banco podrá ceder total o parcialmente su posición contractual o derechos derivados del contrato de préstamo y de los documentos coligados al préstamo previamente el cliente sea informado.

El cliente tendrá que otorgar su consentimiento dentro de un plazo establecido en el contrato de préstamo, de lo contrario, se entenderá como una aceptación tácita.

En la mayoría de los casos, el cliente podrá manifestar su desacuerdo siempre que las razones sean exclusivamente por temas de mayores tributos, costos o gastos, o que el potencial cesionario se dedique, directa o indirectamente, al desarrollo de actividades que compitan o puedan competir con las actividades del cliente, entre otras. En ese caso, el cliente tendrá derecho a pagar anticipadamente el préstamo, no siendo aplicable la comisión de pago anticipado.

b. Desde la posición del cliente

Aquí el cliente no tiene muchas opciones, solo podrá ceder su posición contractual o derechos con la autorización expresa del banco.

B. Gastos y costos

En esta cláusula se suele pactar la asignación de los gastos derivados del cierre del préstamo y cómo se realizará su asignación entre las partes involucradas.

Es usual que el cliente asuma los gastos en general incluyendo en los que incurra el banco, pero en general dependerá de la negociación a la que lleguen las partes.

C. Incremento de costos

En esta sección se suele pactar que como causa de un cambio en la ley aplicable, luego de celebrado el contrato de préstamo, se produzca para el banco, como consecuencia de efectuar o mantener vigente el préstamo: (i) el incremento en los costos del dinero que afecten al banco, (ii) cualquier requerimiento de mayor capital regulatorio, en o con base en la existencia del saldo pendiente de pago del préstamo, o (iii) una reducción de la tasa efectiva de retorno sobre el capital del banco como resultado de cambios en la legislación tributaria aplicable al banco; entonces, el banco podrá alternatively modificar el cronograma de pagos o solicitar al cliente el reembolso del mayor costo generado.

D. Confidencialidad

Tanto el banco como el cliente se comprometen a mantener la confidencialidad de la operación.

E. Tributos

En este punto, es común que el banco derive todos los gastos vinculados a tributos en el cliente. A lo que nos referimos es que el cliente asumirá la totalidad de tributos, incluyendo intereses, recargos, multas y sanciones, de cualquier jurisdicción que pudieran recaer sobre los actos, contratos y operaciones en los cuales sea parte el banco y que estén relacionados con el préstamo, se suele excluir el impuesto a la renta.

F. Resolución de conflictos

Es común que tanto el banco como el cliente decidan resolver posibles futuros conflictos no por la vía judicial, sino por arbitraje. Por lo que, se suele pactar una cláusula arbitral donde se establece cómo se formará el tribunal que resolverá, las leyes a las que se someten y el idioma en que se desarrollará el posible arbitraje en caso de conflicto.

3.1.11. Préstamos sindicados

Como parte de las operaciones crediticias que celebran los bancos, a veces, a efectos de poder tener una mejor asignación del riesgo, se celebran créditos sindicados,

que no son más que contratos de préstamo celebrados por dos o más bancos (o instituciones financieras). En estos casos, la regulación del contrato se ve afectada debido a que existen secciones destinadas a regular las relaciones entre las entidades, principalmente, a la hora de tomar acuerdos sobre el préstamo (por ejemplo, aceleración de plazos, cambio de tasas, ejecución de garantías, entre otros). En dichos casos, los acuerdos son tomados por mayorías (dependiendo el tipo de asunto) o en su caso por unanimidad.

En este tipo de casos, se suele incorporar la figura de un agente administrativo, el cual puede ser uno de las entidades financieras que forman parte del sindicato o un tercero. El agente administrativo tiene como función servir de coordinador entre las entidades del sindicato y frente al cliente, a efectos de hacer que las relaciones fluyan con mayor celeridad y eficiencia. El agente administrativo actúa por instrucciones de las entidades financieras, según los acuerdos que hubiera tomado el sindicato de entidades financieras.

Adicionalmente, en aquellos casos de préstamos con garantías, también se suele incorporar la figura de un agente de garantías, el cual es usualmente el mismo agente administrativo, a fin de poder realizar la administración de las garantías que se otorgan en el marco del préstamo, tales como la suscripción de los propios documentos de garantías, recepción o entrega de comunicaciones, levantamientos, entre otros supuestos. Al igual que el agente administrativo, el agente de garantías actúa por instrucciones del sindicato de entidades financieras.

3.2. Contrato de arrendamiento financiero

3.2.1. Aspectos generales

El arrendamiento financiero es uno de los tantos mecanismos de financiamiento que opera con mucha frecuencia en el mercado actual, ha quedado demostrado que ha sido uno de los mecanismos preferidos para atender problemas de liquidez o financiar proyectos de inversión por parte de la pequeña y mediana empresa.

El arrendamiento financiero es una actividad regulada, es decir, dicho servicio únicamente puede ser ofrecido al mercado por empresas bancarias, financieras y de arrendamiento financiero, todas ellas bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

En términos sencillos, podemos decir que el arrendamiento financiero consiste en otorgar el uso de un bien mueble o inmueble durante un tiempo

determinado y con la característica especial de contar con una opción de compra sobre el bien arrendado.

Quizás, un ejemplo permita que esta figura quede del todo clara, digamos que la empresa X dedicada al sector construcción tiene intenciones de adquirir una máquina de demolición para un proyecto inmobiliario; sin embargo, el comprarla le resulta complicado porque la dejaría sin liquidez para afrontar otras cuentas que tiene por pagar. Por lo que decide celebrar un contrato de arrendamiento financiero con el banco y siendo este último el que comprará la máquina de demolición con la única finalidad de alquilarla a la empresa X dándole a dicha empresa la posibilidad de que pueda comprarla al final del pago de las cuotas de alquiler.

Teniendo más claro esta figura, puede que todo haga pensar al lector que se trataría de un simple arrendamiento regulado por nuestro Código Civil; sin embargo, dicho arrendamiento financiero cuenta con algunas características particulares que lo alejan de lo que vendría hacer un arrendamiento civil, las cuales pueden no estar basadas únicamente en diferencias de tipo jurídico, sino tan solo de índole comercial como veremos más adelante.

Por ahora, podemos decir que la primera gran diferencia debe estar marcada por la normativa especial que regula el arrendamiento financiero, que si bien no se trata de abundante normativa, ha hecho hincapié en la razón fundamental de usar este tipo de financiamiento, es decir, en las ventajas fiscales que esta figura permite obtener a las empresas.

3.2.2. Marco legal

Las normas referentes al arrendamiento financiero son el Decreto Legislativo 299, Decreto Legislativo 915 y el Decreto Supremo 559-84-EFC.

3.2.3. Formalidad

El contrato de arrendamiento financiero tiene como formalidad que deberá ser celebrado mediante escritura pública ante notario público.

3.2.4. Del contrato

La normativa peruana define al contrato de arrendamiento financiero “como el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles e 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.”

En sencillo, el contrato de arrendamiento es únicamente el instrumento por el cual se materializa esta actividad y tiene como objetos principales (i) el bien arrendado, (ii) la renta y (iii) opción de compra.

(i) Del bien arrendado

En relación con este punto, decimos que puede ser cualquier bien mueble e inmueble, la normativa no discrimina ni hace exclusivo este tipo de financiamiento para determinados bienes.

Como bien sabemos, la propiedad del bien permanece en el arrendador hasta que se haya decidido ejercer la opción de compra.

La normativa peruana regula determinados aspectos que se infieren por el solo hecho de ser propietario; sin embargo, el legislador ha preferido mencionarlo en forma explícita al referirse por ejemplo a que “los bienes dados en arrendamiento no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato administrativo o judicial en contra del arrendatario” (artículo 11 del Decreto Legislativo 299), o que “la arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la locadora” (artículo 6 del Decreto Legislativo 299), entre otros. Asimismo, ha establecido en forma expresa determinados remedios jurídicos que se encuentran ya regulados en nuestro Código Civil en materia de contratos, digamos que ha querido poner énfasis en estos puntos, desde nuestro punto de vista innecesarios, pero inocuos al fin y al cabo.

Debemos rescatar un punto importante, y que en todo caso diferencia este tipo de arrendamiento con uno de carácter civil, que es que según el artículo 6 del Decreto Legislativo 299 “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.” Digamos que el legislador ha querido reducir cualquier riesgo vinculado al bien materia de arrendamiento.

En todo caso, la primera conclusión a la que llegamos es que cualquier bien sea mueble o inmueble puede ser susceptible de ser otorgado en arrendamiento financiero.

(ii) De la renta

La contraprestación que espera recibir el arrendador es una renta por el bien que ha otorgado en uso al arrendatario. Sin embargo, como mencionamos en un inicio, muchas de las diferencias que vayamos encontrando con un arrendamiento civil serán de carácter comercial y no jurídica.

En ese sentido, decimos que la renta que debe pagar el arrendatario al arrendador en un contrato de arrendamiento financiero incluye el componente del precio del bien materia de arrendamiento, ya que como lo hemos mencionado al final del periodo o cronograma de pago, el arrendatario tendrá una opción para adquirir la propiedad del bien materia de *leasing*.

(iii) De la opción de compra

El último elemento característico del contrato de arrendamiento es la opción de compra que se le otorga al arrendatario para que pueda hacerse de la propiedad del bien materia de arrendamiento.

Finalmente, sobre este punto quedará a voluntad del arrendatario si ejerce o no su opción de compra, no siendo un tema obligatorio su ejercicio. En la práctica si bien muchas de las compañías que deciden adquirir este servicio financiero optan por ejercer la opción de compra, existen muchas otras que por temas contables y financieros prefieren optar por renovar su contrato de arrendamiento o dar por terminada la relación comercial.

3.2.5. Consideraciones adicionales

- El contrato de arrendamiento tiene mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 10 del Decreto Legislativo 299.
- La obligación de asegurar el bien antes mencionada, que se establece en el artículo 6 del Decreto Legislativo 299.
- El carácter inembargable del bien, es decir, no podrá ser embargado, afectado o gravado por mandato administrativo o judicial en contra del arrendatario.

3.3. Contrato de factoring

3.3.1. Aspectos generales

El contrato de *factoring* se celebra entre dos partes.

- a) El “factor”, el cual adquiere, a título oneroso, instrumentos de contenido crediticio (títulos valores, facturas, etc.). Dichos instrumentos de contenido crediticio son adquiridos por el factor a un precio menor al de su valor nominal, es decir, son adquiridos con un descuento que representa una tasa de interés que estará determinada por, entre otros supuestos, el plazo del instrumento o el riesgo del deudor.

No cualquier empresa puede brindar los servicios de *factoring*, sino solo las empresas bancarias, las empresas especializadas en *factoring* y aquellas que la Resolución SBS 4358-2015, Reglamento de *Factoring*, Descuento y Empresas de *Factoring* (el Reglamento de *factoring*), denomina “empresas de *factoring* no comprendidas en el ámbito de la Ley General; sin perjuicio de las exclusiones que el Reglamento de *Factoring* ha hecho en su aplicación respecto de los fideicomisos bancarios, fondos de inversión, fondos mutuos, fideicomisos de titulización, sociedades de propósito especial, o cualquier otro vehículo de naturaleza similar domiciliados o no domiciliados en el país.

- b) El “cliente”, el cual transfiere los instrumentos de contenido crediticio a favor del factor. El cliente será, generalmente, una empresa industrial o prestadora de servicios que requiere adelantar el flujo de los fondos representados en los instrumentos de contenido crediticio a efectos de destinarlos a otros usos.

En el marco de esta transferencia, el cliente deberá, entre otras obligaciones: (i) garantizar la existencia, exigibilidad y vigencia de los instrumentos de contenido crediticio al tiempo de celebrarse el *factoring*; (ii) transferir al factor los instrumentos en la forma acordada o establecida por la ley; (iii) comunicar la realización del *factoring* a sus deudores, cuando corresponda; (iv) recibir los pagos que efectúen los deudores y transferirlos al factor, teniendo en cuenta que el titular de dichos créditos ya no es el cliente sino el factor; (v) proporcionar toda la documentación vinculada con la transferencia de instrumentos; y, en caso corresponda, (vi) retribuir al factor por los servicios adicionales recibidos. A efectos del cumplimiento de estas obligaciones, cuando nos encontremos ante la transferencia de una “factura negociable”, deberá tenerse en cuenta, lo que al respecto podría haber establecido la Ley 29623, Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial.

La característica principal del *factoring*, la cual lo diferencia de las operaciones de descuento (también reguladas en el Reglamento de *Factoring*), es que el factor asume el riesgo crediticio de los deudores de los instrumentos adquiridos. En dicho sentido, si los instrumentos de contenido crediticio no son pagados por sus deudores, el factor no tendrá derecho alguno a cobrar dichos importes al cliente.

3.3.2. Servicios adicionales

Como parte de la celebración del contrato es posible pactar que el factor pueda prestar servicios adicionales a cambio de una retribución. Estos servicios pueden consistir en investigación e información comercial, gestión y cobranza, servicios contables, estudios de mercado, asesoría integral y otros de naturaleza similar.

3.3.3. Instrumentos de contenido crediticio

El Reglamento de *Factoring* establece lo siguiente respecto de los instrumentos de contenido crediticio que pueden ser objeto de *factoring*:

- a) Deben ser de libre disposición del cliente.
- b) No podrán ser instrumentos vencidos u originados en operaciones de financiamiento con empresas del sistema financiero o empresas de *factoring* no comprendidas en el ámbito en la Ley General del Sistema Financiero.

Pueden ser facturas comerciales, facturas negociables, facturas conformadas, títulos valores representativos de deuda y en general cualquier valor mobiliario representativo de deuda, originados en las ventas de bienes o prestación de servicios no financieros.

3.3.4. Transferencia de los instrumentos

En lo que respecta a la forma de transferir dichos instrumentos de contenido crediticio a favor del factor, se deberá hacer mediante endoso, anotación en cuenta, o por cualquier otra forma que permita la transferencia en propiedad al factor, según las leyes de la materia. En dicho sentido, se deberá tener en cuenta el tipo de instrumento a transferir a efectos de hacer la transferencia teniendo en cuenta la ley de circulación de dicho instrumento.

3.3.5. Conocimiento de los deudores

La operación de *factoring* debe realizarse con conocimiento previo de los deudores, a menos que por la naturaleza de los instrumentos adquiridos, dicho conocimiento no sea necesario. En este caso, al igual que para el caso de la transferencia de los instrumentos de contenido crediticio, debemos atenernos a la naturaleza de cada instrumento.

3.4. Contrato de fideicomiso

El fideicomiso es un contrato usado en las grandes operaciones crediticias a efectos de servir, principalmente, como garantía o como patrimonio de administración. Dicho contrato mantiene ventajas respecto de otro tipo de garantías (como las hipotecas o garantías mobiliarias) debido a su mayor capacidad para adaptarse a las necesidades de la operación crediticia y debido a que en su celebración se forma un patrimonio autónomo, el cual es diferente del de todos los involucrados.

3.4.1. Concepto

La Resolución SBS 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios (el Reglamento del Fideicomiso), establece en su artículo 2 que el “fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona, denominada fideicomitente, transfiere bienes 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 o fines específicos a favor de un tercero o del propio fideicomitente, a quienes se denomina fideicomisarios.”

Tal como se deriva de la definición antes señalada, en el fideicomiso encontramos las siguientes partes:

- a) El fideicomitente, el cual es el que se encarga de transferir en dominio fiduciario, uno o más bienes a favor del fiduciario, a efectos de que se constituya un patrimonio fideicometido con ellos.
- b) El fiduciario es el que se encarga de la administración del patrimonio fideicometido. Acorde con la Resolución del Fideicomiso solo podrán ser fiduciarios las empresas de operaciones múltiples comprendidas en el literal A del artículo 16° de la Ley General del Sistema Financiero, la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide), las empresas de servicios fiduciarios, las empresas de seguros, las empresas de reaseguros y las empresas o instituciones supervisadas por esta Superintendencia cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la micro y pequeña empresa de cualquier sector económico.

A efectos de poder operar sobre el fideicomiso, el fiduciario designará a un factor fiduciario. La designación del factor fiduciario para la administración del patrimonio fideicometido se realizará en un plazo no mayor a los quince (15) días posteriores a la celebración del acto constitutivo.

- c) El fideicomisario, el cual es el beneficiario final del fideicomiso. Podrán ser uno o más fideicomisarios y dicha condición la podrán ostentar los propios fideicomitentes.

3.4.2. Patrimonio fideicometido

Teniendo en cuenta lo anterior, el patrimonio fideicometido está constituido por los bienes transferidos en fideicomiso y por los frutos que estos generen.

Al respecto, el Reglamento del Fideicomiso establece de manera expresa que el patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fideicomitente, del fiduciario, del fideicomisario, de cualquier otro patrimonio fideicometido administrado por el fiduciario y, de ser el caso, del destinatario del remanente. Dicho patrimonio fideicometido es un patrimonio autónomo y por ende es diferente del patrimonio que pudieran ostentar el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

3.4.3. Plazo

El plazo máximo del fideicomiso es de 30 años, sin perjuicio de la autorización que se pueda pedir, según lo establece el Reglamento del Fideicomiso, para extender dicho plazo.

3.4.4. Fideicomiso de garantía

Si bien se ha mencionado que pueden existir diversas clases de fideicomisos (fideicomiso testamentario, inmobiliario, de titulización, entre otros), los más importantes a efectos de respaldar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de préstamo son los fideicomisos de garantía. En dicho sentido, son dos los principales tipos de fideicomisos en garantía que se suelen celebrar en el marco de una operación crediticia:

- a) Fideicomiso de bienes. En este caso se transfieren en dominio fiduciario un conjunto de bienes que sirven de respaldo para el cumplimiento de las obligaciones. En este caso, los bienes suelen seguir siendo usados por el fideicomitente (bajo ciertos parámetros), pero el dominio fiduciario ha sido transferido al fiduciario.
Puede ser transferidos uno o más bienes o en su caso unidades productivas enteras a efectos de poder respaldar el cumplimiento de las obligaciones.
- b) Fideicomiso de flujos. En este caso se transfieren en dominio fiduciario los flujos que reciban los fideicomitentes a efectos de poder canalizarlos al pago

de las comisiones, gastos y las cuotas del préstamo otorgado. Incluso, adicionalmente a estos se puede acordar que ciertas sumas se mantengan como parte del fideicomiso como reservas ante el caso de algún incumplimiento. De esta manera se permite asegurar que los recursos del fideicomitente sean correctamente empleados para el pago de sus obligaciones.

A efectos de dotar de oponibilidad a estos fideicomisos frente a terceros, además de realizar el registro ante la Superintendencia y algunas anotaciones en los bienes materia de fideicomiso, se deberán realizar las anotaciones (en los certificados de acciones y libro de matrículas de acciones, en el caso de acciones) o las inscripciones respectivas en los Registros Públicos.