

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

ESCUELA DE DERECHO



**EL CONTRATO DE LEASING DESDE EL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO ¿RESCISIÓN O
RESOLUCIÓN?**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Claudia Patricia Martinez Rabanal

Chiclayo, 28 Junio 2018

EL CONTRATO DE LEASING DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ¿RESCISIÓN O RESOLUCIÓN?

PRESENTADO POR:

MARTINEZ RABANAL CLAUDIA PATRICIA

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el Título de

Abogado

APROBADO POR:

Mtro. Manuel Francisco Porro Rivadeneira
Presidente del Jurado

Abog. Sheila María Vilela Chinchay
Secretario del Jurado

Mtro. Luis Henry Heras Zárate
Vocal del Jurado

CHICLAYO, 2018

DEDICATORIA

*A Dios por ser mi amigo fiel de
toda una vida llenando siempre
de bendiciones mi camino .*

*A mi padre, que por sobre todas
las cosas siempre será mi héroe.*

*A mi madre, mi fortaleza
y guía en todo momento.*

*Y a mi pequeño milagro inesperado,
mi pequeña y hermosa Juliet
para quien de ahora en adelante
serán todos mis triunfos.*

AGRADECIMIENTO

*A quien despertó en mí la vocación de investigación,
por su dedicación y disposición constante,
Mg.. Katherine Milagros Olivos Celis.*

*Y a un gestor no sólo de conocimientos
sino de amables pláticas, maestro y amigo ,
a mí asesor Prof. Henry Heras Zárate*

Infinitas gracias por cada oportunidad brindada a cada uno.

RESUMEN

El hombre en base a su autonomía privada tiene la necesidad de contratar. Dentro del contexto global del mundo las empresas buscan agilizar sus actividades y al realizar contratos anhelan que todo su actuar sea eficiente y por ello la economía irá ligada en todo aspecto dentro de las manifestaciones del entorno.

La presente investigación está dividida en tres capítulos. El primero referido al Intervencionismo estatal y el análisis económico del derecho, la segunda parte enfocada a las formas de conclusión de las relaciones contractuales desde una óptica económica realizando especial referencia al contrato moderno de leasing, y el último denominado la vigencia de la rescisión en el contrato de leasing según el decreto legislativo 299.

A esta investigación le compete analizar la ineficacia funcional de los contratos. Además de ellos se analizará la confusión en la interpretación jurídica entre rescisión y resolución haciendo hincapié en el contrato moderno del Leasing en su D.L.299, el cual determina ciertos parámetros a los que está sujeto dicho contrato. Esta ley no ha precisado del todo, sus alcances de manera concreta, pues se podría incurrir en errores en cuanto a la finalización de determinada relación contractual.

Se pretende una especie de unificación en la interpretación jurídica de las figuras de rescisión y resolución y con ello, poder cooperar en las relaciones contractuales modernas - en este caso Leasing- para que así, se pueda finalizar el contrato de una manera más rápida y eficaz que es precisamente lo que busca el mundo global y empresarial y que cualquier norma que regule dicho contrato debe estar acorde a lo que el ordenamiento jurídico peruano regule y que sobretodo de las garantías necesarias para adquirir seguridad jurídica al momento de entablar determinada relación.

Palabras Clave: Análisis económico del Derecho, Rescisión, Resolución, Contrato de Leasing.

Abstract

The man on the basis of their private autonomy is the need to hire. Also within the overall context of the world companies are looking to streamline their activities and to make contracts crave his whole act is efficient and therefore linked anger economy in all aspects within the manifestations of the environment.

This research is divided in three chapters. The first referred to the state interventionism and economic analysis of law, the second part focuses on the forms of conclusion of contractual relations from an economic point of making particular reference to the modern lease, and the last named the validity of the termination in the lease according to the legislative decree 299.

What this research is called upon to review the functional ineffectiveness of contracts. Besides the confusion they will be discussed in legal interpretation between termination and resolution emphasizing the modern leasing contract in its DL299, which determines certain parameters to which it is subject. This law has not clarified completely, scope concretely, as they could make mistakes in terms of completion of certain contractual relation.

Based on this kind of unification it is intended as a legal interpretation of the figures of termination and resolution and thereby be able to cooperate in modern contractual relationships - in this case Leasing- so that it can finalize the contract in a way faster and more effectively which is precisely what you are looking for the global business world and that any rule governing the contract must be consistent with what the Peruvian legal system that regulates and especially to acquire the necessary legal security when entering into certain guarantees relation.

Key Words: Economic analysis of law, Rescission, Resolution, Contract of Leasing.

Índice

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
ÍNDICE	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LAS RELACIONES CONTRACTUALES	15
1.1. Intervencionismo Estatal y Libertad de Contratación	15
1.1.1. Intervencionismo Estatal	15
1.1.2. Regulación de la Libertad Económica en el Derecho Peruano	20
1.1.3. Autonomía Privada en las relaciones contractuales	23
1.2. De la contratación tradicional a la contratación moderna. ¿Cómo la revolución industrial cambió las necesidades en la forma de celebrar contratos?	26
1.2.1. La Revolución Industrial y los cambios que trajo a la economía	28
1.3. Análisis económico del Derecho y los Contratos	31
1.4. La regla del costo – beneficio como parámetro para la vigencia de las instituciones jurídicas contractuales	33
CAPÍTULO 2: LAS FORMAS DE CONCLUSIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES DESDE UNA ÓPTICA ECONÓMICA	36
2.1. Ineficacia en los contratos	36
2.2. La ineficacia funcional. Resolución y Rescisión	38
2.2.1. La Rescisión	40
2.2.2. La resolución. Un juego de niños para todos.	44

CAPÍTULO 3: LA VIGENCIA DE LA RESCISIÓN EN EL CONTRATO DE LEASING SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO 299.	50
3.1. El contrato de Arrendamiento Financiero- Leasing, un mecanismo hecho para la modernidad	51
3.1.1. Caracteres del Leasing.....	55
3.1.2. Sujetos Intervinientes.....	57
3.2. Decreto Legislativo 299. Rescisión literalmente o Resolución.....	59
CONCLUSIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	69

INTRODUCCION

El hombre desde su existencia no ha podido vivir sin relacionarse. Así, las diversas relaciones de la vida en sociedad se concretan a través de la celebración de actos jurídicos.

El Código Civil Peruano de 1984 ha utilizado la nomenclatura general de *acto jurídico*, para referirse a la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas¹, y así se reconoce que cada acto jurídico es producto de la autonomía de la voluntad, voluntad manifestada por todo sujeto y que está destinada a producir efectos jurídicos.

VIDAL RAMIREZ, destaca el rol de la manifestación de la voluntad y enuncia que ésta constituye la esencia misma del acto, pues a través de ella se permite conocer la voluntad interna².

La institución legal del acto jurídico es regulada por el ordenamiento jurídico para que produzca sus efectos peculiares, y con esto realizan los sujetos los actos concretos en la vida real. Tales efectos son los queridos por las partes (efectos voluntarios), además de los contemplados por el ordenamiento jurídico (efectos legales)³. Sin embargo, en algunos casos, estos efectos incurren en determinadas circunstancias que les impiden tener eficacia en determinados casos, esto es la ineficacia jurídica, se distinguen dos supuestos distintos; por un lado la ineficacia estructural, y por otro la ineficacia funcional.

Lo que a esta investigación le compete analizar es la *ineficacia funcional* de los actos jurídicos, especialmente de los contratos. LIZARDO TABOADA explica que la ineficacia funcional, a diferencia de la estructural, supone en todos los casos un acto jurídico perfectamente estructurado en el cual han concurrido todos sus

¹ El Art. 140° del Código Civil señala "el acto jurídico es la manifestaciones la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1.- Agente capaz. 2- objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin licito. 4.- observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

² Cfr. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, 7a ed., Lima, 2007, p.421.

³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*, 4ª Ed, IDEMSA, Lima- Perú, 2012, p. 805.

elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que, a dicho acto jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos. Esto significa que los actos jurídicos atacados por la ineficacia funcional, presentan un defecto totalmente extraño a la conformación estructural del acto jurídico⁴.

En este sentido, algunos supuestos de ineficacia proveniente de causas extrañas a la estructura del acto jurídico son⁵: La condición y el plazo⁶, la resolución⁷, la rescisión⁸, el mutuo disenso o resciliación⁹, la revocación¹⁰, la reversión¹¹, la retractación¹², el retracto¹³, la inoponibilidad¹⁴, la excepción de incumplimiento del

⁴ Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Op. Cit., p.32.

⁵ TORRES VÁSQUEZ. Op. Cit., p.813.

⁶ El acto jurídico celebrado bajo condición o plazo no produce sus efectos peculiares en tanto dure la pendencia de la condición o el plazo suspensivos, o desde que se verifica la condición resolutoria o se vence el plazo resolutorio. TORRES VÁSQUEZ. Op. Cit., 814

La condición es el evento futuro e incierto (natural o humano) establecido arbitrariamente por la voluntad del agente, de cuya verificación se hace depender el surgimiento (condición suspensiva) o la cesación (condición resolutoria) de la eficacia de un acto jurídico, o de algunas de sus cláusulas o estipulaciones. TORRES VÁSQUEZ. Op Cit, p.440.

La condición está regulada en los artículos 171°, 172°, 173°, 174°, 175°, 176, y 177° del Código Civil.

El plazo es una de las modalidades del acto jurídico y debe establecerse de manera expresa o tácita en el mismo. Cfr. MORI CONDORI, Jesús. *La obligación de hacer*, Revista Jurídica Magistri Et Doctores, N° 2, Año VIII, p 71.

El plazo está regulado en los artículos 178°, 179°, 180°,181°; 182° y 183° del Código Civil Peruano.

⁷ La resolución presupone, un acto por el cual contrato queda sin efecto debido a la concurrencia de circunstancias sobrevinientes. Está regulada en el artículo 1371° del Código Civil Peruano. Cfr. ARIAS- SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, Contratos: Parte General, Gaceta Jurídica, 2006, p.127.

⁸ La rescisión es el acto que deja sin efecto el contrato, por una razón que existía al momento en que se celebró, está regulado en el artículo 1370° del Código Civil Peruano. Cfr. ARIAS-SCHREIBER. Op. Cit., p.126.

⁹ *“Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.”* Código Civil Peruano, Artículo 1313°

¹⁰ La revocación es un modo de extinguir una relación jurídica, regulado en los artículos del capítulo primero, del título IX, del Código Civil Peruano.

¹¹ Regulado por los artículos 1631° y 1632° del Código Civil Peruano.

¹² La retractación es el retiro del consentimiento prestado para el perfeccionamiento de un acto jurídico por quien tiene tal potestad. El derecho que tienen las partes de retractarse del contrato preparatorio en el cual se ha entregado arras de retractación (Art. 1480°), el derecho que tiene el comprador de retractarse del contrato cuando al momento de hacerse la venta había perecido una parte del bien (art. 1533). Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Op. Cit., p. 664.

¹³ El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. (Artículo 1592° del Código Civil Peruano).

contrato¹⁵, la excepción de caducidad del plazo¹⁶, la separación de cuerpos¹⁷, el divorcio¹⁸ entre varios otros.

El ámbito de aplicación de este estudio pretende analizar los efectos jurídicos y la vigencia práctica de la rescisión y la resolución, como principales manifestaciones de la ineficacia funcional.

La rescisión es un supuesto de ineficacia que solamente opera en los casos previstos por la ley, y que el Código la contempla como remedio únicamente para los casos de lesión, de venta de bien ajeno y compraventa sobre medida.¹⁹ Para el caso del Leasing, el DL 299 también ha previsto esta figura²⁰.

Aun con la precisión teórica, la diferencia práctica es excesivamente tenue y difícil de encontrar. Se sostiene que la regulación de ambas figuras en un mismo

¹⁴ El Acto inoponible solo es ineficaz con relación al tercero beneficiado por ley, por ejemplo, la inoponibilidad al acreedor del acto de disposición declarado ineficaz vía acción pauliana (Art. 195° Código Civil Peruano). Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Op. Cit., p. 664.

¹⁵ Cada parte tiene el derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo. Como toda excepción, se trata de un instrumento de defensa que permite al contratante a quien se le exige el cumplimiento de su prestación, negarse válidamente y suspenderla (Art. 1426° Código Civil Peruano). Cfr. ARIAS- SCHREIBER. Op. Cit., p.221.

¹⁶ Artículo 1427° Código Civil Peruano.

¹⁷ Se suspenden los deberes relativos al lecho y habitación y se coloca fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. Artículo 332° del Código Civil Peruano. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Op. Cit., p. 665.

¹⁸ Es aquel acto que disuelve el vínculo matrimonial. Artículo 448° Código Civil Peruano.

¹⁹ FORNO FLORES, Hugo. "Comentario al artículo 1370" en CÓDIGO CIVIL COMENTADO. *Por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII, Gaceta Jurídica. S.A., Perú, 2004, p.200-201.

²⁰ 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 rescisión se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo.

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 rescisión prevista en el contrato.

Al sólo pedido de la locadora el derecho de exigir la inmediata restitución del bien materia de arrendamiento financiero, cuando la arrendataria haya incurrido en una causal de rescisión prevista en el contrato.

Al sólo pedido de la locadora, señalando la causal de rescisión, recaudado con el testimonio de la escritura pública de arrendamiento financiero, el Juez de turno requerirá a la arrendataria la entrega del bien al segundo día 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 rescisión del contrato y exigir la indemnización correspondiente.

sistema es inaceptable o que contrario sensu ambas figuras se apliquen con un tenor literal distinto.

La propia aplicación de las figuras suscita confusiones, teniendo en cuenta que las dos operan en negocios jurídicos que estaban desplegando sus efectos y que son completamente válidos. Entonces cabe preguntarse ¿Desde el análisis económico del derecho es viable la diferenciación literal de ambas figuras aplicadas a las relaciones contractuales modernas – Contrato Leasing? La respuesta la daremos haciendo el siguiente análisis.

A veces en la lectura primera del Código Civil, se tiene la impresión que es una norma que no está preparada para los tiempos modernos. Y la ley de la Selección Natural, aquella que explica porque se extinguieron los dinosaurios y los mamíferos pasaron a dominar el mundo, nos puede también explicar por qué las normas quedan desfasadas de la realidad. Y esa ley, incluso más allá de la Constitución, no puede ser derogada por ninguna Ley y tendrá, a fin de cuentas, que ser respetada por nuestro ordenamiento. Nuestro Código Civil, compite con regímenes legales de todo el mundo, y si nuestras normas no son inteligentes el sistema de selección natural nos va a discriminar de la incorporación al mundo y a la globalización. Si no tenemos normas que nos hagan competitivos, que nos pongan en la categoría de los inteligentes y no en lo absurdo, no podremos enfrentarnos a la competencia global. Y no queremos un Código que, como los dinosaurios, se extinga y con ello extinga nuestras oportunidades²¹.

Un caso especial, en el cual la vigencia de la rescisión como figura jurídica cobra particular interés es el Contrato de Leasing. Este contrato es una figura contractual moderna, que se ha venido abriendo paso en el mundo moderno y cada vez más competitivo, siendo una de las operaciones de financiamiento más popular dentro de los países con mayor competitividad.

²¹ Cfr. BULLARD GONZÁLES. Op. Cit., p.146.

La definición legal del leasing la encontramos en el D.L. N° 299: “Es 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.”²². En razón a ello podemos decir que esta clase de operación se ha convertido en una herramienta útil para las empresas, sobre todo para las pequeñas y medianas, porque les resulta más accesible que el crédito convencional.

En un inicio la doctrina opinaba sobre la naturaleza jurídica de este contrato por una falta de regulación legal²³, pero a toda relación contractual y jurídica le es merecida una norma, es así que el Contrato de Leasing o arrendamiento financiero es regulado en nuestra legislación por el Decreto Legislativo N° 299, el cual determina ciertos parámetros a los que dicho contrato está sujeto.

Esta ley no ha precisado del todo, sus alcances de manera concreta, pues se podría incurrir en errores en cuanto a la finalización de determinada relación contractual.

En la investigación se plantean tres objetivos específicos: Explicar desde el análisis económico del Derecho los parámetros de la regulación en la contratación moderna, especialmente de las formas de conclusión de las relaciones contractuales. Comparar las ventajas y desventajas de la rescisión y resolución como mecanismos que ponen fin a las relaciones contractuales, y analizar la vigencia de la rescisión en el Contrato de Leasing según el Decreto Legislativo 299.

El primer capítulo está orientado al Análisis Económico del Derecho y los parámetros de la contratación moderna. Se hace un breve recuento del Intervencionismo Estatal y la Libertad de Contratación, la revolución industrial cambió las necesidades en la forma de celebrar contratos?. Y finalmente se hace alusión al análisis económico del Derecho.

²² Decreto Legislativo 299- Artículo 1°.

²³ Cfr. ARNAU MOYA, Federico. *El contrato de Leasing en el Derecho Español*, Revista de la Facultad de Derecho, N° 59, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas- Venezuela, 2004, p.314.

En el segundo capítulo se hace un análisis de las formas de concluir los contratos: Rescisión y Resolución, todo ello desde una óptica del Análisis Económico del Derecho, así también se da el marco conceptual del Contrato de Leasing y su regulación en el Decreto Legislativo N°299.

En el análisis del tercer capítulo se analiza la vigencia del D.L N° 299 donde se regula el contrato de Leasing y sus formas de concluir el contrato, además de determinar a través del Análisis Económico del Derecho las ventajas que tienen las figuras jurídicas de rescisión y resolución de manera interpretativa.

Se analizará en base a ello que puede afirmarse que las relaciones contractuales emanadas de un contrato de Leasing deben ser protegidas en todas sus modalidades, por ende cualquier norma que regule dicho contrato debe estar acorde a lo que el ordenamiento jurídico peruano regule y que sobretodo de las garantías necesarias para adquirir seguridad jurídica al momento de entablar determinada relación.

CAPÍTULO 1: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LAS RELACIONES CONTRACTUALES.

1.1. Intervencionismo Estatal y Libertad de Contratación

“Y es que la naturaleza no hace nada en vano, y entre los animales, el hombre es el único que posee la palabra”

Aristóteles

La vida del hombre es necesariamente societaria. El hombre no vive en sociedad por virtud de un contrato con los demás hombres, sino porque su naturaleza le impone esa vida en común. Desde cualquier punto de vista el hombre necesita de la convivencia con sus semejantes. Esa vida comunitaria, derivada de la naturaleza precaria del hombre, tiene que darse con una determinada estructura, con una organización propia y, sobre todo, conforme a una normatividad que se impone a los individuos y a la comunidad que forman.

De lo antes expuesto, se puede referir que es aquí donde el Estado, hace gala de su cualidad exclusiva de poder que se denomina ‘soberanía’ y que le otorga a sus mandatos ordenadores el carácter de derecho. El estado debe también encausar a los distintos factores que lo integran, debe estructurarlos, dirigirlos, coordinarlos, debe planear, y planear significa intervenir.

1.1.1. Intervencionismo Estatal

El intervencionismo estatal es la capacidad que tiene el Estado de afectar y determinar derechos y obligaciones, es decir el status jurídico, de los entes sociales que tienen existencia distinta y autónoma de la del propio Estado.²⁴

De este modo, se habla de Intervencionismo sólo cuando la acción del Estado supera ciertos límites y cuando casi toda la actividad económica de una nación es dirigida y llevada a cabo por el Estado.

²⁴ BLANCO FORNIELES, Víctor. *El intervencionismo de Estado en el Derecho Constitucional Mexicano*. Universidad Nacional de México, 1994, p. 45.

La intervención del Estado en el sistema económico existe desde la antigua Grecia, los Imperios Romano y Bizantino tenían un Estado interventor, lo mismo en la Edad Media, etc., En un principio simples motivos políticos y militares llevaron a los gobiernos a participar en la producción (fábricas de armas por ejemplo) e intentar controlar las actividades comerciales. La época mercantilista se caracterizó precisamente por el excesivo intervencionismo estatal, denunciado posteriormente por los economistas clásicos²⁵.

A raíz de esto se da a notar un claro déficit en lo que era el Estado y su intervención, pero a partir de este siglo, el Estado será el agente activo que desarrollará mecanismos de coordinación y planeación del desarrollo; tendrá una participación dinámica en la administración de la producción y el mercado, previendo y adelantándose a los cambios del ciclo económico

De ahora en adelante el Estado será juez y parte; en realidad un instrumento de todos aquellos estratos sociales, pero tiene relativa independencia al actuar del ciudadano común. En el marco de la globalización de la economía a nivel mundial esta relativa independencia se reduce sensiblemente. Aunque en esencia no cambia, a medida que se transforman las condiciones de la sociedad, el aparato estatal se ve obligado a reformarse. El aparato del estado se presenta como un juez imparcial, aunque su práctica cotidiana le desmiente.²⁶

Así mismo se recalcan que las causas que provocan la intervención estatal no se originan solamente en épocas de crisis, sino que se observan también en las épocas expansivas del siglo. Que sólo será necesaria la intervención del Estado cuando se afecten determinados derechos y

²⁵ Cfr. MATICK. Paul. Marx y Keynes, *Los límites de la economía mixta*. Era. México 1975.p.p 152-168.

²⁶ Cfr. CALDERÓN, Gilberto. *Notas sobre la Globalización y su impacto en la economía y la sociedad*, gestión y Estrategia, N° 7, Enero – Junio, 1995, s/p.

obligaciones que de manera directa opaquen la economía del mercado. El estado vigilará constantemente que se cumpla cada requisito y cada regla del ordenamiento jurídico, pero a la vez da la libertad de que cada individuo sea el promotor de sus relaciones contractuales y con esto nos acercamos a lo que se denomina Libertad de Contratación.²⁷

Para poder referirnos a la libertad de contratación se tiene que hacer hincapié al negocio jurídico²⁸ – del cual el contrato es, su expresión más característica – y que encuentra su fundamento de obligatoriedad en la autonomía privada. Pero esta no se identifica con la libertad del querer, mucho más modernamente GIUSEPPE STOLFI dice que: *“...lo que desde hace siglos constituye el signo distributivo del Derecho Civil, es el escrupuloso respeto a la autonomía de la voluntad²⁹ en su más amplio*

²⁷ La Jurisprudencia Constitucional ha definido los contornos de la Libre Contratación o Libertad de Contratar, precisando que mediante esta facultad – fundamentada en la Autonomía Privada – la persona natural o jurídica, puede decidir cómo, cuándo y con quién se contrata- Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de agosto del 2004, recaída en el expediente N.º 2185-2002-AA/TC, proceso seguido por el Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde contra el Ministerio de Educación.

²⁸ El negocio jurídico se define como la declaración o declaraciones de voluntad privada encaminadas a conseguir un fin práctico jurídico, a las que el ordenamiento jurídico, por sí solas o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinados efectos jurídicos. Cfr. ROQUE MONTESILLO, Luz Gladys. *Teoría del Acto Jurídico y Concepto del Negocio Jurídico*. Revista Oficial del Poder Judicial, N° 02, p.61, 2008.

²⁹ La autonomía de la voluntad puede definirse como la capacidad de decisión libre que tiene toda persona para dar contenido a todos los actos que realiza, ya sean de signo positivo (hacer) como de signo negativo (abstenerse de hacer). En palabras del Tribunal Constitucional, la autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad “que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad” (Exp. N° 047–2004–AI/TC, de 24 de abril de 2006, F. J. 44.). Así mismo, la expresión «autonomía privada» ha sido acuñada, en las últimas décadas, por la moderna doctrina, pues aquella tradicional ha preferido utilizar la expresión “autonomía de la voluntad”, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas. se pensó, acertadamente, que la autonomía debía recaer en el sujeto, en la persona, por ser éste el real protagonista de la existencia de relaciones jurídicas. La voluntad jamás puede ser autónoma, porque la “autonomía”, en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona, es natural a ella. Por ello, es más apropiada la expresión “autonomía privada”, descartando cualquier sinonimia con aquella de “autonomía de la voluntad”. Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO. *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, Gaceta Jurídica, Tomo 75-B, p.27, Lima, 2000.

*significado y ello entendido como el “dogma de la autonomía de la voluntad...”*³⁰

De esta manera, el principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercadería o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad.

Denominada también libertad de conclusión o de autodecisión. Esta libertad es la libertad que el Estado concede a las personas para contratar o no, y en caso de hacerlo, elegir al otro contratante. La decisión de contratar es personal, salvo delegación expresa mediante apoderado, pero aún en este caso existe la intención de contratar para sí mismo pero por intermedio de otra persona³¹.

La libertad de contratación constituye un derecho constitucional reconocido por el artículo 2°, inciso 14, de la Constitución. El contenido constitucional de este derecho ya ha sido definido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se pronunció refiriendo que: *Tal derecho garantiza, prima facie: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual*³²

³⁰ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contrato en cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, 325.

³¹SOTO COAGUILLA, Carlos Alberto. El contrato en *cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, 325. una Economía de Mercado, Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo – Perú, 2004, p.56.

³² STC 0008 – 2003 – AI/ TC, Fundamento N° 26, apartado b).

La Constitución Política del Perú en el Artículo 62° se manifiesta sobre la libertad de contratación³³

Claro está que por medio de este derecho las partes también pueden decidir la forma que crean conveniente para manifestar su voluntad. Ésta tiene que ser la más idónea para la concreción del acto y dar a conocer exactamente su intimidad por medio de la manifestación de la voluntad.³⁴ La libertad de contratar presupone la perfección en que se lleve a cabo la relación jurídica ya que satisface los intereses de las partes, porque son ellas mismas quienes tienen la libre voluntad de tener una relación contractual en el tiempo, lugar y con los sujetos que ellos hayan destinado para establecer vínculos contractuales.

“La libertad es el derecho de hacer lo que no perjudique a los demás.”

Henri Lacordaire (1802-1861) Sacerdote y predicador francés

Considero que, la existencia del intervencionismo estatal es sólo la seguridad que podría darnos el Estado frente a la vulneración de ciertos derechos, pero siempre y cuando se respeten los límites que el mismo ordenamiento jurídico ha establecido para que de este modo se tenga respeto hacia la libertad dentro de la relación contractual.

³³ La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

³⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Perú, Segunda Edición. Librería Studium Ediciones, Segunda edición, p. 313 .

1.1.2. Regulación de la Libertad Económica en el Derecho Peruano

Tanto lo económico como lo jurídico son fenómenos que se generan y manifiestan en el marco de una sociedad, que apuntan a determinados comportamientos del hombre, que se producen en sus relaciones con los demás en el ámbito de una existencia compartida. Como lo hemos venido refiriendo, la vida social no puede concebirse sin derecho, pues es este el que ordena las relaciones entre los hombres. Y a su vez, al ser el derecho un instrumento de compatibilidad de conductas humanas, requiere la previa existencia de ellas.

La libertad económica se entiende como la capacidad de tomar elecciones personales (trabajo, ocio, consumo, producción, inversión, movilidad), la protección de la propiedad privada y la libertad para realizar intercambios. Es decir, los individuos tienen libertad económica cuando existen las siguientes condiciones: a) su propiedad adquirida sin uso de la fuerza, fraude o robo, está protegida de la invasión física de otros; y b) son libres de utilizar, intercambiar o dar su propiedad siempre y cuando sus acciones no violen los derechos idénticos de otros³⁵

Dicho de otro modo, libertad económica es la facultad reconocida a los individuos de poder mejorar su bienestar a través del libre ejercicio de la actividad económica que mejor se adapte a sus fines, y a su vez, permitir que otros hagan lo mismo, de tal forma que cada persona participe en cualquier actividad económica de su elección. Para Hayek, la libertad económica es la más importante de todas las libertades, y por tanto, tiene mayor significado para la persona. Sin libertad económica no existe otro tipo de libertad. Por tal razón,

³⁵ VEGA GORDILLO, M. y ÁLVAREZ ARCE, J. Crecimiento económico y libertad: Un Estudio de Causalidad, p.199-215,2003

resulta trascendente fortalecer la prerrogativa que tiene el individuo sobre el valor que genere a través del libre ejercicio de la actividad económica.³⁶

La libertad económica inspira todo el derecho patrimonial, y es también denominada *libertad de empresa*, fórmula actualizada de la libertad de comercio e industria cuyo reconocimiento se inicia con la Revolución Francesa de 1789, la que tiene indirecto origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la misma fecha.

La mención a la libertad de empresa, aparece en nuestra Constitución de 1993. Nuestros textos constitucionales, de manera histórica, han reconocido el derecho de los ciudadanos a escoger el trabajo y a realizar las actividades económicas que crean convenientes, asumiendo que ello posibilitará hacer realidad los proyectos de vida de cada cual en materia económica, esto es, la obtención de bienestar, y dando por cierto que ello será compatible con el interés público y representará un beneficio para la sociedad.

Ahora bien, la libertad de empresa exige un marco regulador, pues sin él sería muy difícil que pueda desarrollarse con estabilidad y equilibrio, marco que está compuesto no solo de leyes sino de dispositivos de menor jerarquía, así como de licencias y autorizaciones de diverso tipo. Esta regulación expresa ámbitos de acción en los que el Estado moderno asume tareas para la realización de los ideales constitucionales, tales como la sanidad, el

³⁶ RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir. *Principios generales de una sociedad libre para fortalecer el orden espontáneo del mercado*, Quipukamayoc Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 23, N° 44, 2015. p. 125 y ss

urbanismo, el transporte, el medio ambiente, etcétera, vinculados todos ellos a lo que se considera el orden público económico.

El respeto por el contenido esencial de la libertad de empresa resulta necesario para permitir al ciudadano la satisfacción de aquellos intereses que, justamente, ese derecho le otorga.³⁷ Se trata de una garantía constitucional, que, a la vez, actúa sobre el legislador, la administración y, en ocasiones, sobre los particulares para que el derecho fundamental no tenga solo vigencia formal sino, también, material.

En otras palabras, es un *límite absoluto* a la actuación de los poderes públicos, cuyas únicas excepciones tolerables son aquellas consignadas en la propia Constitución, las que deben interpretarse restrictivamente. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 17 de enero de 2005 (expediente 3315-2004. Agua Pura Rovic S.A.C.), ha señalado que el concepto de libre empresa al que apunta nuestra Constitución Política se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica.³⁸

Ni el Estado ni los agentes económicos pueden impedir o restringir ese acceso y el derecho no puede intervenir para alterar las reglas propias del mercado, sino garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva, y que, a su vez, garantice que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone estén siendo cumplidas.

En mi opinión, la libertad económica, implica la ausencia de la coacción estatal y privada sobre las decisiones que adoptan las

³⁷ Cfr. BULLARD GONZALES, Alfredo y otros. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 2004, p. 539.

³⁸ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. Obtenido en [<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/2267/2218>] ubicado el 17.IV.18

personas en ejercicio de las decisiones que tomen como consumidores, empresarios o dueños de factores de producción.

Con todo esto, afirmo que, la libertad económica en materia contractual implica, la libertad de celebrar un contrato y configurar su contenido, intercambiando mediante aquél distintos derechos que se conjugarán en pro de los intereses para los cuales nació el contrato.

1.1.3. Autonomía Privada en las relaciones contractuales.

Una de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos.

Autonomía, del greco autos y nómos, significa ley que los particulares se dan entre ellos, en régimen de libertad e independencia; autonomía de los privados significa libertad que los privados tienen, frente al Estado, de regular de sus propias relaciones.³⁹

Actualmente, autonomía privada significa que los particulares son libres de cumplir las operaciones que quieran, salvo los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando se hace referencia a la autonomía, con frecuencia, se quiere indicar una forma particular de autonomía, aquella contractual. En efecto, la voluntad es autónoma cuando se gobierna a sí misma.

³⁹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, José. "Autonomía Privada y Contrato". Revista Oficial del Poder Judicial: Obtenida en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12.+Doctrina+Nacional+-+Jos%C3%A9+Leyva+Saavedra.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc] el 04.I.2018

La autonomía privada riega todas las zonas del derecho; los contratos reciben su cuota de riego a través del cauce de la autonomía contractual⁴⁰

La autonomía contractual, denominada libertad contractual por un sector doctrinal, plasma aquella posibilidad que tienen las partes de desarrollar su propia voluntad, su querer, su libertad jurídica de contratar, cuando y como quieran, aunque siempre respetando los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico.

Esta autonomía se manifiesta, a través de las cuatro principales libertades:⁴¹

a) «*Libertad de contratar*», que permite a las partes decidir con quién y cuándo contratar, o, como dicen otros, de concluir o no el contrato. Se contrata porque se quiere y se hace con la persona que se quiere.

El contrato no se impone a las partes, se ejecuta en beneficio de ellas; por ende, no debe perjudicar a una y beneficiar a la otra.

Ahora, si se diera esta hipótesis, la parte perjudicada puede solicitar al juez la anulación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, para lo cual deberá cumplir con algunos requisitos.

La Constitución de 1993 contempla, expresamente, la libertad de contratar en el art. 62°, aunque con un contenido que deja traslucir el

⁴⁰ La autonomía contractual es una especificación de la autonomía privada, la cual se explica en todos los sectores en que opera la actividad humana, resultando relevantes para el derecho, como la actividad comercial, las relaciones familiares, las relaciones sucesorias, etc. En el sector propio de las relaciones económicas, la autonomía contractual representa el modo en que se explica, en la conclusión de negocios, la libertad económica. A tenor de esto, más allá de la disciplina del código civil, que reconoce esta autonomía (art. 1322 C.c.it.), el ordenamiento italiano asegura a los privados una tutela más fuerte; es decir, de rango superior a aquel del código, de rango superior, en otros términos, a la ley ordinaria,

⁴¹ LEYVA SAAVEDRA, José. *Autonomía privada y contrato*, Revista Oficial del Poder Judicial, Año 4-5, N° 06 y N° 07, 2010. p.270

poco conocimiento de los señores constituyentes del derecho contractual, ya que con dicha norma se otorga amparo constitucional a la libertad contractual, como veremos a continuación.

b) «*Libertad contractual*», que reconoce el derecho a las partes contratantes de elaborar el contenido contractual, denominado también reglamento negocial, dentro de los límites impuestos tanto por la ley como por las buenas costumbres.⁴² Esta libertad se identifica con la página blanca en la que las partes escriben la *lex privata* destinada a regular sus relaciones recíprocas. Esta libertad, de gran suceso en la contratación tradicional y tutelada por el ordenamiento (art. 1354° C.c.pe.), en las últimas décadas se muestra muy deslucida, pues las empresas predisponen, usualmente, todo el contenido contractual y la otra parte simplemente tiene que adherirse si quiere contratar el bien o el servicio (contrato por adhesión), o parte del mismo, permitiendo modificar o agregar otras cláusulas (contratación a cláusulas generales).

En estos casos es comprensible la intervención del legislador, particularmente comunitario, para predisponer una disciplina en protección de la parte adherente (consumidor o usuario), particularmente cuando dichos reglamentos predispuestos contienen cláusulas calificadas como abusivas.

c) «*Libertad de elección*», que permite a las partes elegir el tipo contractual entre los ofrecidos bien por las leyes – códigos civiles, de comercio, leyes generales, leyes especiales o convenciones internacionales, como la Convención de Viena sobre la compraventa

⁴² Esto significa que las partes tienen el derecho de elaborar, libremente, las cláusulas que regularán su relación jurídica; es decir, pueden establecer, por ejemplo, en un contrato de compraventa, el precio, las formas de pago y de entrega de los bienes, las garantías, las obligaciones que asumen cada una de ellas, etc. Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín. La libertad contractual y sus límites, p. 136ss.

internacional de mercaderías de 1980 – o bien por la práctica comercial.⁴³

d) «*Libertad de creación*», que faculta a las partes a crear, libremente, otros tipos contractuales cuando ninguno de los ofrecidos por la ley y el mercado responde a sus necesidades. Se plasma aquí, claramente, la función creativa y normativa de la autonomía privada. Esta libertad, indudablemente, ha sido muy bien aprovechada por los operadores económicos, que han creado instituciones contractuales a su medida y necesidad. Basta mirar la cantidad de nuevos contratos que, aun cuando originados en el common law, se han posicionado pronto en el mercado del civil law, no necesitando para ello la intervención del legislador nacional o comunitario.⁴⁴

Se crean en libertad y se deben mantener en libertad, toda vez que estos contratos necesitan de esa libertad para su continua adaptación a nuevos tiempos.

Considero que, la autonomía privada más bien es un poder de gobierno de la propia esfera jurídica y como está formada por relaciones jurídicas, que son cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en que es parte, es decir en cualquier tipo de contrato

1.2. De la contratación tradicional a la contratación moderna. ¿Cómo la revolución industrial cambió las necesidades en la forma de celebrar contratos?

⁴³ LEYVA SAAVEDRA, José. Op Cit.. p.272

⁴⁴ LEYVA SAAVEDRA, José. Op Cit.. p.272.273

“El deseo más intenso y más profundo del hombre es el de alcanzar la felicidad... También la economía tiende a este fin al cual está subordinada como médium ad finem. Por tanto, la economía no puede, como algunos han creído, consistir en la búsqueda y en la doctrina de los medios adecuados para aumentar la producción, sino que es útil que se interese por la producción en cuanto que ésta es susceptible de aumentar la posibilidad de que los hombre vivan contentos”⁴⁵

R. Michels.

En este preciso momento vivimos en un mundo que se globaliza un poco más con cada segundo que pasa, las empresas y grandes compañías comienzan a plantear con más frecuencia el desafío de desempeñar su labor en una escala mundial. Si bien es cierto que comienzan a surgir infinidad de nuevas interrogantes referentes a los métodos para manejar y seguir el ritmo de los cambios que se dan en las organizaciones y en la tecnología, no debemos descartar ni restarle importancia a todo lo sucedido antes de la aparición de la supercarretera de la información y de la regulación en las relaciones contractuales.

Para apreciar plenamente el ritmo de aceleración impuesto por la revolución industrial a la vida de la humanidad es preciso volver a los estudios que contemplan largos períodos de tiempo y trazan la secuencia de las civilizaciones humanas desde el punto de vista económico. La humanidad arrastró su existencia durante decenas de miles de años con un régimen económico basado en la caza, la pesca, la recolección de frutos y a veces el canibalismo. Los hombres llevaban una vida en continuo movimiento, sin poder asentarse en ninguna parte. Esta situación primitiva duró, decenas de miles de años. Así, transcurrió mucho tiempo, entre períodos de retrocesos y estancamiento, pero también de aventuras

⁴⁵ R. Michels, Economía e Felicidad, Milán, 1918, p.1.

fascinantes como las de la civilización griega y de la romana, también con épocas de progresividad y desarrollo, hasta llegar a la civilización industrial.⁴⁶

1.2.1. La Revolución Industrial y los cambios que trajo a la economía.

Se tiene que dar una mirada al pasado para poder comprender todos los cambios que tuvieron que surgir en entorno a la economía para llegar al punto en el que estamos, una serie de cambios que tuvo raíces con nombre propio: “La Revolución Industrial”.

Estos cambios o transformaciones fueron en la mayoría económicos y también sociales, intelectuales, demográficos, etc.; pero entre todos ellos, los más impresionantes fueron los cambios operados en las actividades industriales; ellos fueron los que dieron el título al complejo general de esas transformaciones que recibieron la denominación de “Revolución Industrial”.

David Landes nos dice:

“La revolución Industrial que se inició en Inglaterra en el siglo XVII y se expandió desde allí y en forma desigual, por los países de la Europa Continental y algunas otras pocas áreas transformó el espacio de dos generaciones, la vida del hombre occidental, la naturaleza de su sociedad y sus relaciones con los demás pueblos del mundo”⁴⁷

“La Revolución Industrial surge en Gran Bretaña en el siglo XVIII, allí se desarrolla una primera fase, denominada primera revolución industrial, en una segunda fase se extiende además por varios países europeos (Alemania; Francia y Bélgica) y

⁴⁶ Cfr. VERA ZAMAGNI. *Historia Económica de la Europa Contemporánea*. Libros de Historia, 2011, p.5.6.

⁴⁷ LANDES, David. *Progreso Tecnológico y Revolución Industrial*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1979, p.15.

por estados Unidos, en el XIX, y ya entrando el siglo XX alcanza a la periferia europea (España, Italia o Rusia)".⁴⁸

La definición o "etiqueta" de la expresión "Revolución Industrial", más utilizada en los siglos XVII y XIX, era la versión simplista que sostenía que este fenómeno consistía en una serie de transformaciones económicas, políticas, sociales, etc., con un denominador común: la mecanización de la industria; exagerando un poco, se llegó a decir que la Revolución Industrial era el paso de una economía de herramienta a una economía de máquina⁴⁹.

La Revolución Industrial fue relativamente rápida, se produjo prácticamente en tan sólo una centuria. Sin embargo, el proceso de industrialización no fue simultáneo ni adquirió las mismas características en todos los lugares. Con la revolución, se dio el aumento de la demanda y se dio expansión al comercio. La producción no sólo aumentaba la oferta de ciertos bienes sino que también aumentaba el nivel de vida de los pobladores.

Por otro lado, se le atribuye a Adam Smith la teoría de que el progreso económico como lo es la Revolución Industrial, ha sido siempre precedido por una ampliación del mercado y una expansión del comercio. Y en efecto entre los siglos XVI al XVIII tuvo lugar el fenómeno económico que ha dado en llamarse la Primera Revolución Comercial cuyo contenido se sintetiza en los siguientes cambios: grandes inventos y mejoras en el arte de la navegación, sustitución de las rutas marítimas por las oceánicas: transformación de los gustos y costumbres y la demanda de nuevos bienes de consumo y materias primas, notable aumento de volumen del comercio mundial, incremento de la circulación del oro y de la plata y la consiguiente dislocación de los precios.⁵⁰

En general, la revolución industrial trajo consigo muchos cambios positivos que serían un precedente de lo que se vive en el mundo moderno, pues este

⁴⁸ SALVAT EDITORES. *Historia Universal*, Salvat Editores, v.17, Lima, 2005, p. 50.

⁴⁹ SILVA OTERO, Arístides y MATTA DE GROSSI, Mariela. *La llamada Revolución Industrial*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 16.

⁵⁰ SILVA OTERO, Op. Cit., p.53.

acontecimiento abrió las puertas a un alto grado de rendimiento del trabajo y se redujo el costo de producción, lo que reportó un enorme crecimiento de las riquezas de las naciones industrializadas.

En otras palabras en lo económico se acumularon grandes capitales que dieron desarrollo a compañías y sociedades anónimas, se dieron intercambios entre naciones, y se desarrolla el sistema de crédito surgiendo de este modo las competencias comerciales.⁵¹

De este modo y habiendo hecho un breve recuento de lo que significó la Revolución industrial, se puede hacer referencia la novedad de la economía de nuestro tiempo, que no está sólo en el progreso de la tercerización, sea ello externo a la industria o implícito en ella, o en el progreso de la economía financiera. Reside por sobre todo, en lo que se define como globalización de los mercados.⁵²

Cuando se habla de global, se habla de un todo , una esfera que nos acerca a la modernidad y que da un vuelvo veloz en un abrir y cerrar de ojos, pues las relaciones que antes sólo eran entre comerciante y comprador, ahora se convertirán en relaciones nacionales y transnacionales, incluyendo de este modo no sólo al comerciante de antaño sino que un conjunto de personas, llámese empresa, podrá también negociar y realizar pactos mercantiles de un modo eficaz como cualquier otra relación jurídica.

El lugar de la ley lo ocupa en forma cada vez más amplia el contrato. De este modo, en el derecho privado, donde asume la función de introducir mediante contratos atípicos o modernos, uniformes para todo el mercado global, las figuras contractuales que la evolución de la economía incesantemente da vida.

⁵¹ ERRASTI, Francisco. *Retos actuales de la Revolución Industrial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, p.191.

⁵² El concepto se atribuye a M.MC LUHAN Y B. R. POWERS, *Il villaggio globale*, trad. It., Milán, 1989; y a I. WALLERSTEIN, *Il sistema mondiale dell'economia moderna*, trad. It., Bolonia, 1978. Citado por GALGAN, Francesco. *La globalización en el espejo del Derecho*, Runbinzol – Culzoni, Santa Fe, 2005, p.30.

He analizado como los cambios y las funciones de adaptación del derecho a los cambios de la realidad son cada vez más rápidos conforme va pasando el tiempo, porque desde un inicio el sujeto ansiaba con tener mayor ganancia en su estrategia mercantil, y ahora más que nunca las exigencias de un mundo que corre a mil por hora, nos hacen ver desde otra perspectiva la necesaria evolución que debe tener el derecho dentro de las relaciones contractuales que tengan los individuos en cualquier ámbito en el que se encuentren para satisfacer sus intereses.

1.3. Análisis económico del Derecho y los Contratos

El análisis económico del Derecho es una metodología que persigue aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en el contexto de la realidad”⁵³.

La idea de fondo del Análisis Económico del Derecho es ayudar al legislador a resolver conflictos aplicando herramientas de la teoría económica. Se inicia con el convencimiento que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultados generan para los ciudadanos.

Así también, se fundamenta que entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia. Al enfrentar, tanto la economía como el derecho el problema de la escasez de recursos y cómo asignarlos, se busca siempre una solución eficaz socialmente.⁵⁴

⁵³ Cfr. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2da Ed., PALESTRA Editores, Lima, 2006, p.41.

⁵⁴ CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Diccionario Jurídico Moderno*, San Marcos, Lima, 1995, p. 63.

Para definir qué se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo Pareto, quien da criterios que han permitido definir más técnicamente el concepto de eficiencia. Busca establecer cuándo una situación es más eficiente que la anterior, y esto es: cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior⁵⁵. Una situación será óptima, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore.

Mientras el Análisis Económico del Derecho busca leyes que sean eficientes, el derecho vela porque éstas sean justas y válidas dentro del ordenamiento jurídico. De este modo, al velar por la justicia de la ley, se está velando a la vez por la aceptación de la norma por parte de los individuos y por el sostenimiento de la seguridad jurídica. No habría entonces un olvido de la eficacia de la ley, sino una mirada diferente sobre lo que debe ser la ley para ser eficaz.⁵⁶

Al ser el análisis económico del Derecho aquel método para comprender mejor las instituciones jurídicas, se hará alusión a los contratos, que son aquella relación jurídica que nace por la libertad contractual de las partes intervinientes y que establece sus propios parámetros dentro de lo que el ordenamiento jurídico regula.

Se ha discutido mucho si el contrato es un instrumento jurídico para la satisfacción de las necesidades económicas, si tiene esencia meramente jurídica o netamente económica⁵⁷

Considero que el contrato en su esfera de aplicación cumple ambas funciones, pues el contrato como instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre debe conciliar utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio

⁵⁵ BULLARD, Op. Cit., p.43.

⁵⁶ ARJONA TRUJILLO, Ana María y PARDO RUBIO, Mauricio. *El Análisis Económico del Derecho*. Revista Precedente 2002, p.139.

⁵⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorde. *Interpretación Económica de los Contratos*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, p.15.

equilibrado. Es fundamental que la contratación cumpla un rol específico enmarcado no sólo en un ordenamiento jurídico sino desde una perspectiva que nos lleve a analizar la parte económica que se desenvuelve de su misma naturaleza onerosa, porque en la búsqueda de lo útil y lo justo encontramos también los beneficios o pérdidas que se dan en la relación contractual.

Entonces, si se cumplen los presupuestos para un adecuado funcionamiento del mercado, este lleva a una correcta y eficiente asignación de recursos que nos mueve a situaciones superiores. El sistema contractual está hecho para responder a estos presupuestos. Las condiciones para que el mercado pueda funcionar son las mismas para que el sistema contractual cumpla su rol⁵⁸.

En este sentido, la teoría económica del contrato evalúa las distintas reglas contractuales de acuerdo a cómo solucionan los problemas creados por las imperfecciones en la racionalidad individual o en la atmósfera del mercado. En esa línea la intervención del Estado debe ser realmente excepcional, de este modo el contrato o la relación contractual propiamente dicha encuentra la cima si se satisfacen los intereses de las partes contratantes y si se han cumplido con los requisitos legales previstos por ley.

1.4. La regla del costo – beneficio como parámetro para la vigencia de las instituciones jurídicas contractuales

“Eso de que tener beneficios es reprochable es un concepto socialista. Yo creo que lo reprochable es tener pérdidas”

Sir Winston Churchill, Político británico (1874-1965).

⁵⁸ GUTIÉRREZ O, Jahir A. *Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial*, Revista de Opinión Jurídica, Vol. 11, N° 21, 2012, p. 119.

La mayoría no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del Análisis Económico del Derecho. En primer lugar, como el Análisis Económico del Derecho se basa en un análisis costo – beneficio, se tiende a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números al Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Pero lo que realmente persigue el análisis económico del derecho es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios, creando incentivos adecuados para lograr sus fines.⁵⁹

Lo que se persigue en realidad con el análisis del costo – beneficio es identificar por qué los individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar o no a alcanzar la eficiencia. Cuando uno habla de análisis costo-beneficio, no habla de dinero necesariamente, porque desde este método se puede analizar cualquier tipo de conducta.

El Análisis costo- beneficio es una herramienta para tomar decisiones. Tomándolo en términos generales, nos sirve para saber qué acciones son más convenientes para una persona específica o para la sociedad en su conjunto.⁶⁰ En otras palabras, este instrumento nos informa sobre lo que podemos ganar y sobre lo que podemos perder al tomar alguna decisión. “se trata de una manera de saber si un acto cualquiera produce más beneficios para quienes lo realizan que lo que les puede costar.”⁶¹

Es cierto que en lo patrimonial es más fácil establecer la relación costo – beneficio que en la extra patrimonial. Otro concepto importante es el de las externalidades, que son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo: si alguien le golpea la cara a una persona y le inflaman el ojo, esta inflamación es un costo; en términos que debe acudir a un médico, y en términos que duele. Esos costos han

⁵⁹ BULLARD. Op. Cit., p.43.

⁶⁰ MEJÍA TRUJILLO, Elliot Gleanfranco. *"El análisis costo – beneficio de las normas"*, Tesis para optar el título profesional de Abogado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2008.

⁶¹ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge, *Microeconomía. Teoría y Aplicaciones*, Tomo I: *Las decisiones del consumidor y de la empresa*, Primera Edición corregida, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, 2005, p.48.

sido causados por un tercero que ha externalizado un costo de su conducta (la decisión de golpear). Cuando las fábricas contaminan, o los autos congestionan, generan externalidades negativas, pero también hay externalidades positivas, por ejemplo si un local coloca al costado de una casa un vigilante, esto genera un beneficio, porque se recibe seguridad por la cual no se ha pagado.⁶²

Tal y como afirma Sunstein: “Los requerimientos de costo-beneficio son por supuesto justificados con mayor facilidad sobre fundamentos económicos, como una manera de promover eficiencia económica y por ende eliminando gastos públicos y privados innecesarios y derrochadores. Pero los requerimientos de costo-beneficio tienen también fuertes justificaciones democráticas. En efecto, ellos pueden ser entendidos como una manera de disminuir las presiones de los grupos de interés sobre la regulación y también como un método para asegurar que las consecuencias de la regulación no sean encubiertas en misterio, sino que estén disponibles para la inspección y revisión pública. Algunos de los argumentos más fuertes para los requerimientos de costo-beneficio no son tan económicos como democráticos en carácter”⁶³.

La vigencia de instituciones jurídicas que se encuentran aún reguladas en nuestro ordenamiento es un problema que trae a colación un análisis costo- beneficio, porque el resultado de aplicar estas figuras contractuales traerá consigo intercambios más caros, más complejos e ineficientes.

⁶² BULLARD. Op. Cit., p.46.

⁶³ SUNSTEIN, Cass. R., *The Cost – Benefit State*, University of Chicago, Law School, John M. Olim Law & Economics, Working Paper N° 39, May 1996, p.4. Traducción libre del siguiente texto: “ Cost benefit requirements are of course most easily justified on economic grounds, as a way of promoting economic efficiency and thus eliminating unnecessary and wasteful public and private expenditures But cost-benefit requirements also have strong democratic justifications. Indeed, they can be understood as a way of diminishing interest-group pressures on regulation and also as a method for ensuring that the consequences of regulation are not shrouded in mystery but are instead made available for public inspection and review. Some of the strongest arguments for cost-benefit requirements are not so much economic as democratic in character”.

CAPÍTULO 2: LAS FORMAS DE CONCLUSIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES

2.1. Ineficacia en los contratos

Es conveniente que se recuerde que el contrato se integra por una serie de elementos existenciales que procuran prestarle la conformación legal exigida. Cuando la totalidad de tales elementos y requisitos han concurrido normalmente en la relación negocial, se dice que el contrato es además de existente, eficaz. Es desde este momento que el contrato puede comenzar a desplegar sus efectos en el mundo del acontecer jurídico.⁶⁴

Los actos jurídicos desde su nacimiento están destinados a cumplir el fin con el que surgieron. Sin embargo, en muchos supuestos sucede que los actos jurídicos nunca producen efectos jurídicos o dejan de producir los que se han venido produciendo. Si con “eficacia del contrato” se alude a la producción de unas determinadas consecuencias, a la creación de un deber de observancia del contrato y de una vinculación a lo establecido, con “ineficacia del contrato” se alude a la falta de producción de consecuencias o, al menos, de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido en virtud de la celebración del contrato.

En un sentido popular, el término ineficacia traduce la idea o concepción de algo negativo; algo que no ha producido de él lo que se esperaba, debía o podía producir, es decir, una carencia de resultados, una expectativa que no llegó a culminar. Analógicamente, el contrato ineficaz supone una frustración del propósito querido y buscado por las partes negociantes. En tal virtud, la figura

⁶⁴ Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLES. La Ineficacia de los Contratos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM [Ubicado el 27.V.2015]. Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/100/est/est9.pdf>

contractual elegida ha resultado, por la causa que fuere, inservible e inútil para los fines que se esperaban obtener.⁶⁵

Betti⁶⁶ nos enuncia en su opinión que *“La calificación de inválido o ineficaz (del negocio)... presupone, necesariamente, un cotejo, entre el negocio concreto que se considera y el tipo o género del negocio que éste pretende representar. Y expresa una apreciación negativa que es, en cierto modo, el reverso de aquella otra, positiva, que hace la ley respecto al negocio- tipo, al que faculta para producir nuevas situaciones jurídicas”*.

Por otro lado DIEZ – PICAZO argumenta que la ineficacia presupone siempre...”la existencia de una discrepancia entre el plan general de efectos del negocio y la realidad de esta eficacia”

La ineficacia en sentido estricto es todo supuesto en el cual el acto jurídico o el contrato celebrado por las partes no llegan a producir ninguno de los efectos buscados, o habiendo producido todos sus efectos jurídicos inicialmente, desaparecen los mismos por una causa o evento posterior a su celebración⁶⁷.

Así mismo se puede definir a la ineficacia del acto jurídico o concretamente del contrato como negocio jurídico bilateral “inter vivos”, es la carencia de efectos jurídicos típicos (si bien puede producir otros distintos, como indemnización de daños y perjuicios), que viene determinada por causa intrínseca al propio contrato. Comprende todos aquellos supuestos en que los actos carecen de aptitud para lograr sus efectos propios. El contrato ha sido celebrado, pero sus efectos no se producen porque existe una causa originaria o sobreviniente.⁶⁸

⁶⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico” en Anuario de Derecho Civil, núm, 2, tomo XIV, fasc, IV, octubre-diciembre, Publicaciones del Instituto Nacional de estudios Jurídicos Madrid, 1961, p.831 y ss.

⁶⁶ BETTI, Emilio, La Teoría General del Negocio Jurídico, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, 1972, p.186.

⁶⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del Acto Jurídico*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, p. 27.

⁶⁸ Todo acto jurídico posee, desde la perspectiva del deber ser, la finalidad – causa final- de producir ciertos y determinados efectos y en ello residirá, precisamente, su eficacia. Es decir que

“Si el acto jurídico no produce sus efectos normales es calificado de ineficaz, y es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos o cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas”

En la doctrina se distinguen dos supuestos distintos; por un lado la ineficacia estructural, y por otro la ineficacia funcional. En la ineficacia estructural nunca se producen efectos jurídicos porque el acto jurídico no produce efectos porque al momento de su concertación falta un elemento referido a su estructura o existe algún vicio. Por ejemplo, falta la manifestación de voluntad o algún requisito de validez, o la voluntad está viciada por error, dolo, violencia o intimidación⁶⁹; pero en la ineficacia funcional, los efectos que generó el acto celebrado desaparecen posteriormente, subsistiendo los que habían comenzado a producirse⁷⁰.

Cabe finalmente resaltar que al fin y al cabo la ineficacia es una sanción o una reacción del ordenamiento jurídico frente a una irregularidad, o mejor aún, una infracción de sus preceptos

2.2. La ineficacia funcional. Rescisión y Resolución.

“Poco importa cómo un individuo dispone de unos diamantes o cuadros; pero la manera cómo lo hace respecto de su propiedad territorial no puede ser indiferente a la sociedad y a ésta le pertenece marcar límites al derecho de disponer de ella.”

Napoléon

por eficacia del acto jurídico debemos entender la aptitud que se predica de él para alcanzar efectos propios. Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos-parte general- 2da Edición ampliada y actualizada*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, p.562.

⁶⁹ TORRES VÁSQUEZ. Anibal. *Acto Jurídico*, 4ª Ed, IDEMSA, Lima- Perú, 2012., p.811.

⁷⁰ Cfr. ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz; VÁSQUEZ, Gabriela Alejandra. *Teoría General de las Ineficacias*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 25-26

La ineficacia representa una determinada imperfección o una irregularidad de supuesto de hecho contractual, a lo que se puede decir que es una sanción, que se traduce en una infracción al acuerdo de partes en un contrato.

La ineficacia funcional, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad. Es funcional, porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un contrato estructuralmente regular despliega. Hay ineficacia funcional, cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a derecho o un resultado que el derecho no puede consolidar.

Denominada también sobreviniente o por causa extrínseca, es conocida como la ineficacia en sentido estricto⁷¹ y que supone un acto jurídico perfectamente estructurado en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos, sólo que, por un evento ajeno a su estructura, deja de producir efectos jurídicos. Los supuestos típicos de ineficacia funcional son la resolución y la rescisión.

Supone en todos los casos, un negocio jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que dicho negocio jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos. Y es por ello que se dice que en los supuestos de ineficacia funcional, los negocios jurídicos tienen también un defecto, pero totalmente ajeno a su estructura, no intrínseca, sino extrínseco. Esto significa en consecuencia, que los negocios jurídicos atacados o afectados por causales de ineficacia funcional o sobreviniente, son negocios jurídicos perfectamente bien estructurados y conformados, pues el defecto que se presenta posteriormente es totalmente extraño a la conformación estructural del negocio jurídico.

LIZARDO TABOADA explica efectivamente eso; que la ineficacia funcional, a diferencia de la estructural, supone en todos los casos un acto jurídico

⁷¹ PALACIOS, Eric. *La Nulidad del Negocio Jurídico- Principios generales y su aplicación práctica*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 91.

perfectamente estructurado en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que a dicho acto jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos. Esto significa que los actos jurídicos atacados por la ineficacia funcional, presentan un defecto totalmente extraño a la conformación estructural del acto jurídico⁷².

En la ineficacia funcional, por regla general, el defecto se presenta con posterioridad a la formación del acto jurídico. Sin embargo, esto no es absoluto, pues en los casos de rescisión, la causa de ineficacia es coetánea también a la formación del negocio.

2.2.1. La Rescisión

La rescisión es concebida de diversas maneras, entre los estudiosos del Derecho, pero sin lugar a duda la figura se comienza a gestar dentro del derecho, cuando no existía ninguna acción legal para combatir el incumplimiento de la obligación, siendo la ejecución forzosa lo único que podía exigir el contratante.

En el s. III de la era cristiana Dioclesiano y Maximiliano le dieron forma al establecer en la Ley Segunda, incorporada luego al Código de Justiniano, que si una persona vendía un bien en menos de la mitad de su valor estaba autorizada para solicitar la rescisión del contrato.⁷³

En verdad la figura de la rescisión es un rezago del Derecho Romano que debió haberse asimilado a la teoría de la anulabilidad. Según nos relatan Giorgio Giorgi⁷⁴ y Puig Brutau⁷⁵, en Roma los contratos válidamente celebrados de acuerdo con el

⁷² Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Op. Cit., p.32.

⁷³ "Si tú o tu padre hubiéreis vendido por menos precio una cosa de mayor precio, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que falta al justo precio. Parece ser precio menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero." (traducción citada por Manuel de la Puente, Tomo V, pág. 236.)

⁷⁴ GIORGI, Giorgio. *"Teoría de las Obligaciones"*, Vol. 111, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, pp. 209 Y ss.

⁷⁵ PUIG BRUTAU, José. *"Fundamentos de Derecho Civil"*, Tomo 11, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 339 Y ss.

ius civile no podían ser disueltos aunque concurrieran circunstancias que hicieran injusto su mantenimiento.

La rescisión del contrato (del latín rescissum significa rasgar, romper, dividir algo.) El vocablo tiene la misma etimología de la palabra escisión que vale tanto como separación. Es una voz que expresa un concepto netamente jurídico a saber: privación de efectos de un negocio jurídico por sí mismo válido para el futuro.⁷⁶

Opinan algunos autores que la rescisión es la supresión de los efectos del contrato válidamente celebrado debido a ciertas consecuencias injustas y perjudiciales derivadas precisamente de su eficacia. La rescisión supone la validez del contrato y opera únicamente sobre su eficacia.⁷⁷

Es el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevenida. El contrato es válido, pero en razón de aquél perjuicio, y siempre que no haya otro remedio para repararlo, se concede a las personas perjudicadas la acción

Hay que resaltar, que la nulidad se diferencia de la rescisión en que esta última alude a causales específicas en relación con un determinado acto⁷⁸, mientras que la nulidad concierne a causales generales para cualquier acto jurídico.

Tenemos que el artículo 1370 del Código Civil Peruano establece que “la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración”. A manera de ejemplo el art. 1447 del Código Civil Peruano que preceptúa lo concerniente a la institución de la pretensión rescisoria por lesión sólo en el caso

⁷⁶ Colectivo de Autores .Derecho de Contratos. Teoría General de los Contratos Tomo I. Editorial Félix Varela. La Habana, 2003.

⁷⁷ LAVALLE COBO, Jorge E., *De los contratos en general el Código civil y leyes complementarias* dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 5, pág. 845.

⁷⁸ LEÓN BARANDIARÁN, José. Curso del acto jurídico con referencia al proyecto del C.C. Peruano, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1983, p.61.

de aprovechamiento de estado de necesidad más no de peligro⁷⁹. También en el caso de la compra venta de bien ajeno y la compra venta sobre medida.

Tomando en consideración que la rescisión deja sin efecto un contrato por causales existentes en el momento de su celebración, la rescisión, afecta al contrato mismo, privándolo de sus efectos.⁸⁰

El contrato rescindido si bien es válido, carece de eficacia, o sea que se considera que no ha producido los efectos que le son propios, esto es la creación, regulación, modificación o extinción de la relación jurídica patrimonial.

De acuerdo al artículo 1370° del Código Civil, la rescisión del contrato opera por causal existente al momento de su celebración. Sin embargo, la ley señala de manera específica las causales por las que tal institución jurídica resulta aplicable, a saber: la venta de bien ajeno; la lesión; y la compraventa sobre medida. Fuera de estos casos no cabría rescisión.

Por ello la doctrina autorizada la precisa que “el negocio rescindible es un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo un perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado”⁸¹; es decir, que el acto jurídico nace válido, cumpliendo en su formación y celebración con sus elementos, presupuestos y requisitos de validez, siendo idóneo para producir los efectos jurídicos o para producir las consecuencias que normalmente deberían producirse y que pueden ser razonablemente esperadas por las partes en virtud de la celebración del acto jurídico.

⁷⁹ Art. 1447.- “La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiantes del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

⁸⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil.Vol XI. Primera Parte – Tomo II. Pontifica Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1993, p.172, 173.

⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985. p.520.

Los únicos casos de rescisión regulados en el Código Civil son:

1.- La rescisión por lesión que procede cuando en el momento de celebrarse el contrato existe una excesiva desproporción entre las prestaciones, de más de las dos quintas partes, siempre que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Si la desproporción es igual o superior a las dos terceras partes se presume el aprovechamiento por el lesionante del estado de necesidad apremiante del lesionado (arts. 1447^{o82} y 1448^o). Para que proceda la acción de rescisión por lesión se requiere: 1) que en el momento de la celebración del contrato exista una excesiva desproporción en las prestaciones; 2) que el lesionado se haya encontrado en estado de necesidad; y 3) que el lesionante, conociendo el estado de necesidad, se haya aprovecha de ella.

2.- La rescisión por venta de bien ajeno. El contrato se rescinde a solicitud del comprador cuando éste no sabía que el bien no pertenecía al vendedor (arts. 1539^{o83} a 1541^{o84}).

Por lo tanto, el acto rescindible no adolece de ningún vicio o defecto de validez, produce efectos jurídicos, siendo eficaz funcionalmente. La particularidad del acto

⁸² Art 1447". La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

⁸³ Art. 1539° La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando este adquiera el bien, antes de la citación con la demanda.

⁸⁴ Art. 1541°. En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.

Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por este.

rescindible es el perjuicio⁸⁵ que este acto ocasiona a una de las partes, el Código Civil lo llama “causal existente al momento de celebrarlo”. La nota general de la rescisión que se ha caracterizado como la de un “agravio jurídico – económico”

La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

2.2.2. La resolución. Un juego de niños para todos

“Los juegos infantiles no son tales juegos, sino sus más serias actividades”

Michel Eyquem de Montaigne⁸⁶

Trato este tema, con un poco de sutileza; pues es cierto los juegos infantiles parecerían muy sencillos pero tienen tal punto de importancia que no se puede dejar pasar ningún detalle. No podíamos dejar de lado el tema base de esta estructura, es así que se entiende por resolución un modo extintivo que tiene su fundamento en la corresponsabilidad de las prestaciones. En estos casos concurre un hecho sobreviniente que impacta en el equilibrio del negocio y que autoriza a una de las partes a dejarlo sin efecto.⁸⁷

El hecho que tiene tal efecto desequilibrante puede ser imputable a una de las partes, como ocurre con el incumplimiento de la obligación pactada o bien puede ser ajeno a su conducta, como ser el acaecimiento de hecho futuro e incierto en el acto sujeto a condición resolutoria.

⁸⁵ Se dice “la primera particularidad de la rescisión, aunque ella sea de carácter negativo. La de ser un tipo de ineficacia que no se fundamenta en un vicio de los que pueden anular el negocio. (...) los casos de rescisión se dan como medidas correctivas, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico. La rescisión opera sobre los contratos válidamente celebrados (...), para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas”, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Ob. cit. Págs. 518-519.

⁸⁶ Escritor y ensayista francés (1533-1592)

⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos, parte general*, 2da. Edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, p.580.

Citando a nuestro Código Civil en su artículo 1371° *“La Resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”*. La resolución incide en la relación jurídica que el contrato origina y no sobre el contrato mismo.

Así mismo la facultad resolutoria tiene como finalidad tutelar la condición de respectiva paridad entre las partes, pero no al momento de la celebración del contrato sino en la fase de su ejecución. En este sentido, la resolución no se dirige contra el negocio en sí, sino contra la relación contractual a que aquel ha dado vida.

Contrariamente a lo que la norma parece señalar si nos quedáramos con una interpretación meramente literal, la resolución no está excluida necesariamente de los contratos inválidos en el sentido que un contrato inválido si puede ser materia de resolución. Lo que quiere decir, que la resolución no está prevista como remedio para los defectos que golpean la estructura del contrato (presupuestos, elementos y requisitos), es decir para los casos de invalidez, sino para los casos de defectos funcionales.

Por otro lado, este es uno de los medios contractuales más eficaces para lograr que se ejecuten las obligaciones, pues el incumplimiento da lugar a la resolución automática del contrato y no es necesario que el perjudicado recurra al poder judicial.

El Doctor Pedro Flores Polo, define como Resolución de los Contratos, a la acción de deshacer o destruir un contrato por inejecución de las condiciones o cargos y con destrucción retroactiva de sus efectos, según la naturaleza del mismo, tratándose por consiguiente, de una de las formas de extinción de los contratos, susceptible de demandarse por una de las partes cuando en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución continuada, la prestación a su cargo resultara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles; así como también cuando los

contratos aleatorios la excesiva onerosidad está producida por causas extrañas al riesgo propio del contrato.⁸⁸

La Resolución entonces, presupone un acto por el cual el contrato queda sin efecto debido a la concurrencia de circunstancias sobrevinientes a su celebración. El artículo 1371, ha previsto respecto a la Resolución: “*La Resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración*”, y el artículo 1372: “*La Resolución se invoca judicial o extra-judicialmente...Por razón de la Resolución las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encuentren al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en ése momento...cabe pacto en contrario, no perjudicándose los derechos adquiridos por terceros de buena fe*”.

El hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato puede ser imputable a la otra parte (ej. El incumplimiento) o puede ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito o fuerza mayor); puede tener un origen legal (ej., la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso).⁸⁹

Dentro del bagaje de casos de resolución contractual podemos señalar los siguientes supuestos:

a. El hecho sobreviniente: Constituye el presupuesto para la resolución del contrato. Puede ser imputable a la otra parte (el incumplimiento) o ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito o fuerza mayor). Su origen puede ser legal (la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso).

b. En la compraventa de bienes muebles no entregados al comprador: En este supuesto si el comprador no paga el precio u otorga la garantía ofrecida, el

⁸⁸ FLORES POLO, Pedro. *Ley de Sociedades Mercantiles*. Lima – Perú. Editorial J. Valenzuela; 1983. p. 147.

⁸⁹ TORREZ VÁSQUEZ, Anibal. *Rescisión y Resolución del Contrato*. Obtenido en [<http://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>] el 20.V.18

vendedor puede disponer del bien, quedando el contrato resuelto de pleno derecho (art. 1564)

c. El pacto de retroventa: Situación jurídica por la cual el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial (art. 1586), por negligencia en el cuidado del bien u otros que las propias partes establezcan⁹⁰

La relevancia de la incidencia del hecho sobreviviente sobre los efectos del contrato unifica todas las hipótesis de resolución y justifica la unidad de la terminología, pero la diferencia de presupuestos obliga a tratar separadamente cada una de las figuras de resolución reguladas por el ordenamiento jurídico civil: resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida y por sobrevenida excesiva onerosidad.

Así, la resolución⁹¹ es un remedio jurídico que presupone un contrato perfecto, pero, además, un evento sobrevenido, o un hecho (objetivo) nuevo, o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que éste no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo.

Haciendo una comparación con la otra figura funcional, generalmente la rescisión opera por mandato de la ley, la que establece los requisitos para que se declare judicialmente la rescisión; mientras que la resolución opera por declaración de voluntad de ambas partes, o de una sola de ellas cuando la ley así lo admita.⁹²

⁹⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Op. Cit. 2007

⁹¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 522

⁹² MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1955, p.98.

La resolución, por lo general, se concibe como unilateral, en la medida en que una de las partes de una relación contractual no se encuentra conforme con el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte o exista alguna otra causal que la motive.

La resolución de contrato “extingue las obligaciones no cumplidas”⁹³. El efecto liberatorio es el efecto característico como lo prevén los proyectos de armonización en materia de contratos. Así lo indica el numeral 1 del artículo 7.3.5 de los Principios de Unidroit ⁹⁴: *“La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras”*. Del mismo modo lo señala el numeral 1 del artículo 9: 305 del Proyecto Lando⁹⁵: *“La resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero (...), no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran*

⁹³ BIANCA, Massimo. Derecho Civil. *La Responsabilidad*. V, Ristampa, Giuffrè, Milán, 1999, p.290.

⁹⁴ Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.

En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Los principios de UNIDROIT (en adelante los Principios) tienen como objeto ser un conjunto de reglas que puedan ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo.

Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *“lex mercatoria”* o expresiones semejantes.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

[Ubicado el 03.V.2015].

Obtenido en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

⁹⁵ A principios de los años ochenta, gracias a la iniciativa de Ole LANDO, profesor en la Business School of Copenhagen, se creó la “Comisión del Derecho europeo de contratos”, conocida como “Comisión Lando”, en honor a su célebre presidente y fundador. Este organismo no gubernamental, formado por juristas de los distintos países miembros de la Unión Europea, ha consagrado sus esfuerzos hacia la creación de unos principios o reglas comunes y generales del Derecho Contractual europeo que conduzcan a la armonización sistemática de este sector del Derecho Privado. No obstante el propio LANDO va más allá y reconoce que el principal propósito de los Principios es “servir como un primer borrador de una parte del Código Civil Europeo”. [ubicado el 05.V.2015].

Obtenido en http://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicoddec/materiales/articulos/articulos/Francisco_Oliva_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_HACIA_UN_DERECHO_CIVIL_UNIFORME.pdf

generado hasta el momento de la resolución". Por otro lado, el numeral 1 del artículo 81 de la Convención de Viena sigue la tendencia de los proyectos de armonización en materia de contratos: *"La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones (...)"*.

Esta figura invoca judicial o extra judicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse, las prestaciones en el estado en que se encontraran, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

Con ello, doy alcances primeros que la resolución como tal, es una figura práctica e idónea dentro del actuar jurídico y social, de manera sucinta a continuación un resumen de lo que son las dos figuras: (Ver tabla 1).

Tabla N° 01⁹⁶

RESCISIÓN	RESOLUCIÓN
- La rescisión se declara debido a una causal específica del contrato al momento de su celebración en relación a un determinado acto.	- La resolución se declara por una causal sobreviniente respecto a causas generales para cualquier acto jurídico.
- La causa de ineficacia es coetánea a la formación del acto jurídico.	- El contrato no tiene ningún vicio en su creación que evite su existencia.
- La rescisión se declara de forma judicial, sin excepción.	- Una resolución puede darse tanto de forma judicial como extrajudicial.
- Las causales de rescisión se encuentran dadas por ley (Artículo 1370).	- Las causales de resolución pueden ser legales o convencionales.
- En la rescisión los efectos de la sentencia han de retrotraerse hasta el momento de la celebración del contrato.	- En la resolución el cese de los efectos se producen desde la causal sobreviniente, no hacia atrás.

⁹⁶ Esquema elaborado por Claudia Martínez Rabanal, Bachiller en Derecho. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú.

CAPÍTULO 3: LA VIGENCIA DE LA RESCISIÓN EN EL CONTRATO DE LEASING SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO 299.

Cuando en la vida queremos dar por terminado algo, buscamos la manera correcta de hacerlo, por ello se viabilizan distintas soluciones y la mejor forma de realizar dicha acción para que todo el entorno se vea satisfecho y no haya ningún inconveniente.

En el mundo globalizado las empresas y las personas naturales viven constantemente interrelacionándose para lograr sus fines y objetivos, de esta manera nacen los contratos, a través de los cuales emanan distintas formas de relación, entre estos contratos la modernidad ha exigido distintos parámetros, con lo cual nace por ello el Contrato de Leasing o Arrendamiento Financiero.

En términos generales, el Leasing o arrendamiento financiero es un contrato a través del cual una parte, llamada arrendador, adquiere un bien de capital (mueble o inmueble) por instrucción de un arrendatario para luego ceder a favor de éste el uso del mismo a cambio del pago de una cierta renta periódica más los intereses correspondientes. Al término del contrato, el arrendatario tiene la opción de adquirir el bien arrendado a cambio del pago de un valor residual establecido en la opción de compra.

Si bien este contrato tiene como fin inmediato el fácil acceso al financiamiento de una empresa, y como fin mediato el desarrollo económico empresarial, muchas veces estos fines no son alcanzados por múltiples razones. Las principales formas de terminación del contrato antes del vencimiento del plazo específicamente por incumplimiento, las cuales son facultades del arrendador que derivan del contrato (terminación anormal de la relación obligacional) son: nulidad⁹⁷, anulabilidad, rescisión⁹⁸, y resolución⁹⁹.

⁹⁷ En opinión de Aníbal Torres: “.Los Actos Jurídicos son nulos cuando carecen de efectos y son anulables cuando producen normalmente sus efectos; pero están amenazados de destrucción a petición de parte interesada. Tanto la nulidad como la anulabilidad se deben a causas existentes al

Tengo la firme convicción de que este contrato nació para la modernidad, para que todos sus alcances sean de fácil y accesible uso para el mundo empresarial, dicho de esta manera, el leasing será una herramienta que coopere con la eficacia que busca el mundo actual y que en pro de ello debemos buscar las mejores armas para cualquier contingencia ante un hecho sobreviniente dígase en otras palabras en un panorama de ineficacia funcional.

3.1. El contrato de Arrendamiento Financiero- Leasing, un mecanismo hecho para la modernidad

“El auténtico observador contempla tranquila y despreocupadamente los nuevos tiempos revolucionarios.”

NOVALES

El contrato de arrendamiento financiero o leasing se ha ido ganando un lugar especial, y aunque sus antecedentes históricos se remontan a 5.000 años a.C., época en que fue utilizado por los sumerios¹⁰⁰, el leasing es un contrato cuya

momento de la celebración del acto jurídico. El Acto jurídico nulo está destituido de todo efecto jurídico; es inválido e ineficaz desde el inicio, salvo que el ordenamiento jurídico, excepcionalmente, le confiera algunos efectos. En cambio, cuando no faltan los elementos esenciales, pero presentan vicios, el ordenamiento jurídico sanciona al acto con la nulabilidad. El acto jurídico anulable produce todos sus efectos desde el inicio, pero puede ser declarado judicialmente nulo a iniciativa del sujeto cuya determinación está viciada por incapacidad relativa, por vicios de la voluntad, o cuando es perjudicado por un acto disimulado. El acto jurídico anulable es inválido, pero eficaz.

⁹⁸ En opinión de Max Arias Shereiber-Pezet: “La rescisión es el acto que deja sin efecto el contrato, por una motivación que existía al momento que se celebró el contrato...; el contrato no se encuentra viciado en su origen de un modo que determine su nulidad o anulabilidad; tiene, empero, un germen que puede conducirlo a su disolución. La rescisión opera retroactivamente.”

⁹⁹ La resolución presupone, a diferencia de la rescisión, un acto por el cual el contrato queda sin efecto debido a la concurrencia de circunstancias sobrevinientes, sólo surte consecuencias desde que es declarada, y no se proyecta sobre el pasado, sino sobre el porvenir.

¹⁰⁰ De esa época se han encontrado restos que acreditan su uso y quienes los han investigado sostienen que, por ese entonces, se realizaban, tanto en el Golfo Pérsico como en los Ríos Tigris y Eufrate, entre los propietarios de las naves y los armadores, operaciones similares al leasing actual según estas mismas fuentes, en el año 2010 a.C., en el antiguo Samarian de la ciudad de Ur, mediante complicados contratos, los aperos de labranza eran arrendados por los sacerdotes que eran los gobernadores oficiales. Ur era un próspero centro comercial y una tierra fértil para la realización de estos contratos. Estas transacciones quedaron registradas en unas tablas que fueron descubiertas en el año 1984, descubrimiento que permitió comprobar la similitud en

tipificación se ha ido configurando como una forma de financiamiento y de prestación de servicios característico de nuestra época.

Desde sus orígenes se llamó leasing a esta operación, denominación que fue utilizada no para indicar el contrato de locación sino para más bien indicar un típico instrumento de financiación que tiene como origen la locación, pero no se agota en ella, ya que la expresión anglosajona *to lease* se refiere al acto de locación de un bien y no a un proceso de financiación, que es lo que en verdad significa leasing.

A lo largo del S. XX., un conjunto de instituciones contractuales, en su mayoría originadas en el *common law* y perfeccionadas en el contexto negocial norteamericano, se han expandido hacia los países de tradición codificada o del *civil law* en los que, si bien han alcanzado tipicidad social, resultan difíciles de aprehender por las categorías tradicionales del derecho, motivo por el cual gran parte de ellas aún continúan siendo consideradas en la clasificación legal como “contratos atípicos”¹⁰¹

El Proyecto Preliminar de Reglas Uniformes sobre el Leasing Financiero Internacional del UNIDROIT, destaca que el arrendamiento financiero es una operación *sui generis*, y el artículo 2° lo define como una operación tripartita en la cual una parte (concedente), bajo indicaciones de otra parte (utilizador), adquiere de una tercera parte (el proveedor) un bien, del material o de los materiales seleccionados por el utilizador, del cual concede el uso a éste para fines empresariales y profesionales, contra el pago de cánones.¹⁰²

contrario con aquellos contratos con el leasing. Cfr. ORIOL AMAT. *El Leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones*, Deusto, Bilbao, 1987, p.10

¹⁰¹ CALEGARI DE GROSSO, Lydia. *El Contrato de Leasing. Legislación y Jurisprudencia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.11.

¹⁰² Cfr. H. LEÓN TOVAR, Soyla. *El Arrendamiento Financiero (Leasing) en el Derecho Mexicano. Una opción para el desarrollo*. P. 37. Este mismo concepto se reproduce en el Proyecto de Convención sobre Leasing Financiero Internacional, adoptado por el comité del UNIDROIT en su tercera sesión del 27 al 30 de abril de 1987 en Roma, y mismo que fue aprobado en la Conferencia Internacional de abril de 1988 en Canadá

Por contrato de leasing, se considera que ésta es una nueva y moderna modalidad crediticia, que permite a las empresas tener un fácil acceso al financiamiento de activos, pagando cuotas de arrendamiento mensuales por el uso de dichos bienes, que al final podrían pasar a ser de su propiedad, si es que así lo deciden en el término del contrato.

Debido a las diversas posibilidades que encierra, se tropieza con dificultades para definirlo con precisión: 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) que se trata de financiamiento a mediano y largo plazo, efectuado por las instituciones especializadas que tiene como fundamento jurídico un contrato de arrendamiento 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.¹⁰³

Es la relación por la cual una de las partes (sociedad de leasing), se obliga a adquirir de un tercero determinados bienes, que estén señalados en la ley o que las partes por pacto acuerden, cediendo a una de las partes el uso y disfrute de estos bienes con el pago fraccionado en proporción al valor de adquisición durante un tiempo establecido dentro del contrato.

Como se desprende de la definición dada, este tipo detiene la característica de que si bien se cede el uso y el goce de los bienes, siempre se va a conservar por parte del “dador”, el dominio de estos, es decir la titularidad como medio de garantía¹⁰⁴.

¹⁰³ MONTOYA ALBERTI, Ulises. El contrato de Leasing. Material de Complementación Académica. Contratos Modernos de Empresa. ESDEN, Escuela Superior de Derecho, Empresa & Negocios.p.139.

¹⁰⁴ INGA VÁSQUEZ, Harry Isaias. “*El leasing y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano*”. Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, 2011, p.35.

Entonces, se define como un contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles e inmuebles por una empresa locadora (arrendadora) 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”. De ello podemos indicar que de una parte opera la empresa locadora quien se obliga a adquirir el bien requerido por la arrendataria y se le concede su uso a cambio de una cuota periódica (renta) por un lapso determinado, vencido el cual la arrendataria podrá dar por terminado el contrato, restituyendo el bien (que en ese momento no le resultará de gran valor porque se habrá tornado obsoleto ante el avance de la técnica y porque ya habrá aprovechado su vida económica y útil).¹⁰⁵

El leasing no es un negocio a ser realizado por cualquier persona física o jurídica, sino por “empresarios”, hállese de sociedades o unipersonales. CASTILLO TRIANA, señala que tradicionalmente se ha considerado que la operación de leasing se restringe al campo del profesional o de negocios¹⁰⁶. Es decir esta relación contractual que emana de este tipo contractual emanará mayormente para quienes deseen ampliar su visión empresarial.

Por otro lado para que este tipo de contrato se lleve a cabo, se necesita de sujetos intervinientes y las partes son¹⁰⁷: El Arrendatario o Usuario, una entidad especializada o Banco, y el proveedor que será el encargado de otorgar los bienes a la empresa especializada con el fin de que esta pueda otorgarlos en arriendo al cliente interesado.

HAIME LEVY señala además que al final del plazo pactado entre partes, el arrendatario deberá ejercer alguna de las siguientes opciones: transferir la propiedad del bien objeto del contrato mediante el pago de una cantidad

¹⁰⁵ ROZAS FLORES y Otros. De la Operación Leasing. Obtenido en [<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/viewFile/6152/5342> el 29.V.2018]

¹⁰⁶ Cfr. VILEGAS, Carlos Gilberto. *Las Garantías del Crédito*, 2da Edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p.97.

¹⁰⁷ BERLOTTO YECGUANCHUY, Juan. *Arrendamiento Financiero: ventajas y desventajas*, Banca y Finanzaas, Julio,2006, p. 12.

determinada, prorrogar el contrato por un plazo cierto durante el cual los pagos serán por un monto inferior al que se fijó durante el plazo inicial del contrato u obtener parte del precio por la enajenación a un tercero del bien objeto del contrato¹⁰⁸.

3.1.1. Caracteres del Leasing

Estos caracteres se advierten en la naturaleza de su composición, del contenido de las prestaciones asumidas cada una de las partes y de la forma como se obtiene el cumplimiento las mismas; las funcionales, a su vez, se derivan del rol que a él le corresponde desempeñar dentro del mercado financiero como complementaria a las tradicionales fórmulas de financiación de la empresa. Empecemos, entonces, con las estructurales diciendo que el leasing es un contrato¹⁰⁹:

- a) **Típico:** Esta institución financiera, tal como acontece hoy en los países donde él tiene presencia significativa, en el Perú es un contrato típico, y ello, en efecto, porque el derecho positivo, luego de individualizar el leasing a través de una serie de elementos y datos peculiares, lo ha valorado y le ha atribuido una concreta regulación: primero, el Dec. Leg. 212, después del Dec. Leg. 299. Aunque, debemos subrayar, el legislador, como ya es habitual ante la aparición de nuevas instituciones contractuales, al redactar este dispositivo se ha preocupado más de los aspectos tributarios y financieros que del aspecto sustancial.
- b) **Principal:** Un contrato es principal cuando cumple, por sí mismo, un fin contractual propio y subsistente, sin relación necesaria con ningún otro contrato; es decir, no depende ni lógicamente ni jurídicamente de otro, pues él se presenta independiente de aquél.

¹⁰⁸ Cfr. LEVY, Haime, *El Arrendamiento Financiero, sus repercusiones fiscales y financieras*, Décima Segunda Edición, México, citado por FLORES GARCÍA, Pedro. Estudio Financiero y Fiscal del Arrendamiento Financiero en el año 2002, Tesis para obtener el grado de Maestro en Ciencias de Área Finanzas, Facultad de Economía, Universidad de Colima, 2002,

¹⁰⁹ Cfr. CASTILLO VÁSQUEZ. Cynthia. Leasing. Actualidad Empresarial n° 243- segunda Quincena de Noviembre 2011, VII, Perú.

Nuestro Ordenamiento Jurídico positivo y, en su momento, la doctrina predominante, confieren al leasing el título de contrato principal, y ello, sin duda, porque tiene vida propia, independiente lógica y jurídicamente de cualquier otro contrato. Según esto, pues, el contrato de compraventa, seguros y otros, a pesar de tener la claridad de principales, tienen en el leasing la de accesorios.

c) **Consensual:** El contrato de leasing, como eficaz y reconocido medio de financiamiento puesto al servicio de la empresa actual para contribuir a su modernización y, en efecto, a su eficiencia, no queda al margen de esta realidad: su consensualidad es admitida por unanimidad, pues ella en si resulta evidente. Por ello, cuando el artículo 8 del Dec. Leg. 299 prescribe que "el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública...", debemos, en puridad, interpretar tal exigencia sólo como una formalidad ad probationem, en razón que ella no se requiere para otorgar relevancia jurídica a la voluntad contractual, pues el negocio es eficaz cualquiera sea la forma de exteriorización, sino el sólo efecto de hacer posible la prueba de la existencia del contrato, o de su contenido sobre la forma en el leasing nos referimos.¹¹⁰

d) **Oneroso:** En el contrato de leasing, el sacrificio patrimonial que experimenta la empresa financiera, al adquirir el bien y conceder el uso del mismo durante un plazo inicial, se ve compensado con el pago del canon periódico que recibe y, en su oportunidad, por el pago del valor residual pactado para la ulterior transferencia de la propiedad del bien. A su turno, la empresa usuaria surge un sacrificio patrimonial al tener que pagar los respectivos cánones, pero se beneficia con el uso, disfrute y, a su sola decisión, con la propiedad del bien que ha sido materia del contrato.

¹¹⁰ HUAMAN ORELLANA, Diana Yolanda. *Efecto Del Leasing Sobre El Crecimiento En Las Empresas De Transporte por Carretera de Encomiendas y Mudanzas en la Provincia De Huancayo* Tesis para optar el Título profesional de Contador público. Facultad de Contabilidad de la Universidad Nacional del Centro del Perú, 2012.

e) **De Duración:** Pues las prestaciones se van ejecutando en el tiempo

Así también existen las características funcionales¹¹¹:

- a) **De Financiación:** El predominio de esta finalidad es patente, obvia, debido en lo fundamental a que el leasing tiene como objetivo primario ofrecer a las empresas un canal de financiamiento alternativo o complementario a las líneas de crédito tradicionales.
- b) **De Cambio:** El contrato de leasing, permite la circulación de la riqueza, al conceder el uso y goce económico de un bien, por un plazo determinado, y al otorgar la totalidad de los poderes económicos que tiene sobre el bien materia del negocio, si se hace uso de la opción de compra; de otro, posibilita una mayor eficiencia y expansión de la empresa usuaria, incrementando su producción y sus resultados la vez que se incentiva la sustitución y renovación de los bienes de capital, impulsando, en consecuencia, el desarrollo del sector de la industria y el comercio
- c) **De uso y disfrute:** Se puede decir que el leasing es un contrato traslativo de uso y disfrute de bienes de capital y, eventualmente, es título para la adquisición de la propiedad de los mismos, si es que la empresa usuaria decide que esa es la opción más conveniente a sus propios intereses al final del plazo contractual.

3.1.2. Sujetos Intervinientes:

Antiguamente se debatía en doctrina acerca de si el contrato de arrendamiento financiero era un contrato trilateral¹¹² (es decir, requería la participación indispensable del arrendador financiero, el arrendatario financiero y el fabricante) o si, por el contrario, era bilateral y, por lo tanto,

¹¹¹ Cfr. COELLO MARTÍNEZ, Adrián Manuel. Leasing. Actualidad Empresarial N° 330- Primera Quincena de Julio 2015, VII, Lima Perú, p.2.

¹¹² MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de Contratos de Empresa*. Tomo I. Depalma. Buenos Aires. 1998. p. 372.

solamente era indispensable que participen dos partes en el contrato: el arrendador financiero y el arrendatario financiero.

En la actualidad, la norma especial de leasing ha zanjado dicho debate al aceptar que, sea considerado como leasing aquella operación en la que solamente participen dos partes; es decir, en la que intervengan únicamente el arrendador financiero y el arrendatario financiero.

En efecto, el artículo 1 o del Decreto Legislativo N° 299¹¹³, que establece la definición del contrato de arrendamiento financiero, no incluye al proveedor dentro de sus alcances, ni tampoco hace referencia -como lo señalaba la antigua norma de leasing¹¹⁴ - a que los bienes objeto de leasing tengan que ser adquiridos de algún tercero. En tal sentido, es igualmente un contrato de arrendamiento financiero aquel acuerdo en que, reuniendo todos los elementos tipificantes del contrato de arrendamiento financiero, no intervenga un tercero en calidad de proveedor.

Sin embargo la doctrina ha establecido los siguientes intervinientes¹¹⁵ :

- a) **La entidad de leasing:** que puede ser una entidad de crédito o una sociedad de arrendamiento financiero conceptuada expresamente como Establecimiento Financiero de Crédito.
- b) **El arrendatario:** es quien necesita disponer de un determinado bien para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, por lo que suscribe el contrato de leasing para poder disfrutar de la posesión del mismo, adquiriendo su propiedad si ejerce la opción de compra. El

¹¹³ Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 299.-"Considérese 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'

¹¹⁴ El Decreto Legislativo 212 del 12 de junio de 1981 definía al leasing como "contrato mercantil, que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles adquiridos a terceros por una empresa locadora para el uso por la arrendataria"

¹¹⁵ VALLS,C. y S. CRUZ. Operaciones Financieras Avanzadas. Capítulo 5. Editorial Pirámide, 2013

arrendatario debe ser una persona jurídica, o bien un empresario o profesional y el activo debe destinarse a usos empresariales.

- c) **El Proveedor:** Que actúa como vendedor del bien a la sociedad de leasing. Tiene que entregarlo al arrendatario en el plazo previsto y las condiciones acordadas. Lo usual es que el arrendatario seleccione el bien, aunque quien adquiere el bien es la empresa de leasing.

Debe tenerse en cuenta que no existe disposición alguna aparte de la que estoy desarrollando que regula lo relacionado al contenido y/o estipulaciones del contrato de arrendamiento financiero.

3.2. Decreto Legislativo 299. Rescisión literalmente o Resolución

Las normas existentes acerca del contrato de arrendamiento financiero tienen más de veinte años en nuestro país y, por ello, necesitan actualizarse y repensarse dado que, en ocasiones, contienen reglas que resultan incoherentes o ajenas a la operatividad y a las necesidades propias de este contrato.

Después de haber desarrollado cada ítem a detalle, y hecho énfasis en la rapidez con que avanza el mundo, en el ámbito contractual cabe hacernos la pregunta **en la teoría general de las ineficacias, ¿Cuál sería el mecanismo adecuado para poner fin a las relaciones contractuales modernas la rescisión o la resolución contractual? ¿Es válido utilizar la resolución como medio efectivo de conclusión de los contratos en especial el contrato de leasing?**

Como se menciona, inicialmente el D.L. 299 regula que el contrato de leasing o arrendamiento financiero concluya de acuerdo a la figura jurídica de la rescisión, lo cual traería consigo un sin número de problemas para las empresas suscritas a dicho contrato, pues como ya hemos mencionado en anteriores oportunidades, estas lo que buscan son agilizar sus actividades y dentro de esta rapidez poder actuar con eficacia.

Cabe mencionar que dicho Decreto se publica el 26 de julio de 1984 es decir con el código vigente del año 1936 el cual regula sólo la figura de la rescisión en sus artículos 1355¹¹⁶, 1359¹¹⁷, 1361¹¹⁸ y 1380¹¹⁹ y este código civil tenía como sustento una ideología individualista y patrimonialista que se refleja en su articulado. Esta mentalidad, de carácter sustancialmente egoísta, desconoce o no valora debidamente los derechos de las demás personas con las cuales se convive, en exclusivo beneficio del titular de un derecho subjetivo¹²⁰. Su nota patrimonialista deriva de una actitud carente de valores de justicia, solidaridad y seguridad, que se concreta en la protección de la propiedad como si fuera el elemento central del Derecho, el ente a proteger prioritariamente. El egoísmo es la actitud que sustancialmente lo nutre.

El valor de la solidaridad no aparecía en su horizonte. La protección de la persona no era vigorosa sino débil, prácticamente casi no aparecía en su articulado. Toda la preocupación del codificador, siguiendo la tradición de su tiempo, estuvo concentrada en la protección de la propiedad. Es así que, sorprendentemente, en el Código Civil de 1936 no aparece en su articulado la protección, por ejemplo, de la vida, ni de la libertad.

¹¹⁶ Art. 1355°: Si el enajenante sabía los vicios de la cosa, está obligado a indemnizar daños y perjuicios además de restituir su valor. Si los ignoraba, no está obligado sino a la restitución del valor y al pago de los impuestos y gastos del contrato. Si el defecto o vicio oculto fue ignorado por el enajenante, puede éste optar por la rescisión del contrato.

¹¹⁷ Art. 1359°: - Por la misma causa expresada en el artículo anterior, el adquirente puede pedir dentro de seis meses la reducción del precio. Esta acción, o la de pedir, en su caso, la rescisión del contrato, no tiene lugar en las ventas judiciales.

¹¹⁸ Art. 1361°: no se dio noticia al tiempo de contratar, si éstas fueren de tanta importancia que se pueda presumir fundadamente que no se la hubiera adquirido conociéndolas, puede el adquirente pedir la rescisión del contrato, si no prefiere el saneamiento.

¹¹⁹ Art. 1380°: El adquirente puede pedir la rescisión del contrato, en lugar del saneamiento, si sólo hubiese perdido una parte de la cosa, si esta parte es de tal importancia con respecto al todo, que sin ella no la habría adquirido.

¹²⁰ Emmanuel Mounier, el connotado pensador francés, describe el individualismo “como un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza el individuo sobre esas actitudes de aislamiento y de defensa”. Y añade: “Fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX”. Se refiere a él como el “régimen de civilización que agoniza ante nuestros ojos, uno de los más pobres que haya conocido la historia. Es la antítesis misma del personalismo y su adversario más próximo”. Este pensamiento se haya en la obra de Mounier. MOUNIER, Emmanuel. “El personalismo”. Decimosegunda edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1962.

Si bien el D.L 299 entra con la vigencia del código de 1936, el 14 de noviembre de 1984 entra en vigencia el código civil de 1984 en donde sí hay diferenciación efectiva de dos figuras jurídicas: la rescisión¹²¹ y la resolución¹²² y por ende el D.L. 299 sólo ha adoptado por la figura de la rescisión.

Entonces decimos que la rescisión como tal, es aquella figura jurídica que sólo podría actuar por medio de una acción judicial si así se desarrolla de manera literal según su definición en el Código Civil y que por ende traería consigo un proceso engorroso y demora en cuestión de tiempo, pues sabemos que nuestro sistema judicial debido a la carga procesal actúa con lentitud, que no es lo que realmente se anhela en tiempos modernos ni mucho menos en eras en que las personas y empresas buscan el mayor dinamismo posible,

Si vamos más allá de eso, actualmente la rescisión ha quedado relegada, pues en los procesos, no se detectan casos de rescisión, pues esta figura debido a su antigüedad ya quedó desfasada en tiempo y si tomamos el tenor literal del art. 10 del D.L 299 que regula el arrendamiento financiero tenemos que sólo este contrato comercial concluirá por medio de la rescisión.

La ley de arrendamiento financiero y su reglamento hacen mención al término rescisión; ello, debido a que en las leyes promulgadas antes de año 1984 se confundía el término rescisión con el término resolución. Posteriormente se aclara esta confusión, entendiéndose que en los casos en que se hacía mención a rescisión, en realidad se trataba de resolución; por lo que, en el caso de la ley de arrendamiento financiero a lo que se refiere realmente el legislador es a la resolución del contrato.

Lo cierto es que los extremos, en (no pocas) ocasiones, pueden ser la mejor alternativa. En otras quizás no. Decir que simplemente algo es malo porque es

¹²¹ Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

¹²² Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

extremo es una generalización que trata de convertir una frase popular en un axioma.

No se puede decir que el agua hirviendo no es buena. Tampoco se puede decir que el agua helada es mala. Son extremos, pero ello no significa que solo el agua tibia es admisible. Para cocinar un huevo, el agua hirviendo es la mejor alternativa. El agua helada lo es para refrescar la sed y el agua tibia para tomar un baño.

Lo tibio tampoco ha sido tratado muy bien por esas “frases populares”, pues “a los tibios los escupiré de mi boca”, reza el libro del Apocalipsis. Ni las frases bíblicas se salvan de tener que ser colocadas en un contexto.

Lo que ocurre es que la posición “tibia” suele ser cómoda. Te permite criticar ambos lados de toda ecuación, parecer ecuánime o centrado y ser políticamente correcto. Pero muchas veces significa también que alguien simplemente no quiere definirse o que no tiene posición. Muchas veces conduce o refleja inacción o resistencia al cambio.

Aunque sea posible inferir, tras una lectura del Código civil español, el Código civil francés o diferentes diccionarios jurídicos, entre otras fuentes, las diferencias que separan semánticamente la rescisión de la resolución o la résiliation de la résolution y la rescisión, se pueden encontrar innumerables ejemplos en los que estos términos se confunden.

De hecho, otra frase común plantea las bondades del extremismo: **“A problemas extremos, soluciones extremas”**. Y también puede ser correcta según las circunstancias. El dicho de que “los extremos son siempre malos” no es por sí solo un argumento, de la misma manera como decir que los extremos son buenos tampoco lo es. Finalmente, como bien decía Karl Hess, “el extremismo en la

búsqueda de libertad no es vicio. La moderación en la búsqueda de justicia no es virtud”¹²³.

A veces en la lectura primera del Código civil, se tiene la impresión que es una norma que no está preparada para los tiempos modernos. Y la ley de la Selección Natural, aquella que explica porque se extinguieron los dinosaurios y los mamíferos pasaron a dominar el mundo, nos puede también explicar porque las normas quedan desfasadas de la realidad. Y esa ley, incluso más allá de la Constitución, no puede ser derogada por ninguna Ley y tendrá, a fin de cuentas, que ser respetada por nuestro ordenamiento.

Nuestro Código civil, compite con regímenes legales de todo el mundo, y si nuestras normas no son inteligentes el sistema de selección natural nos va a discriminar de la incorporación al mundo y a la globalización. Si no tenemos normas que nos hagan competitivos, que nos pongan en la categoría de los inteligentes y no en lo absurdo, no podremos enfrentarnos a la competencia global. Y no queremos un Código que, como los dinosaurios, se extinga y con ello extinga nuestras oportunidades¹²⁴.

Resulta evidente que, por ejemplo, en el caso del artículo 12° del Decreto Legislativo N° 299 la norma no podría estar refiriéndose a lo que en la actualidad conocemos como rescisión dado que se estaría permitiendo que las partes señalen sus propias causales de rescisión.

En efecto, la referida norma señala que "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 rescisión prevista en el contrato: Es decir, las partes podrían prever o convenir (de mutuo acuerdo) las causales de rescisión que darían lugar a exigir la inmediata restitución del bien materia de arrendamiento financiero. Una interpretación como la señalada no resulta

¹²³ El síndrome de lo tibio, por Alfredo Bullard. Lo cierto es que sonar bien no hace que una frase sea cierta. El Comercio Opinión. http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/sindrome-lo-tibio-alfredo-bullard-noticia-1786707?ref=flujo_tags_171046&ft=nota_2&e=titulo

¹²⁴ Cfr. BULLARD GONZÁLES. Op. Cit., p.146.

coherente con la propia naturaleza de la rescisión, dado que "el carácter extraordinario de esta ineficacia no deja lugar a dudas de que únicamente tendrá lugar en los casos en que la ley lo autoriza, criterio avalado por razones de seguridad jurídica.

Existe una exigencia de legalidad y tipicidad, pues a falta de texto legal que lo autorice, no podrá utilizarse la acción rescisoria, ni aún invocando perjuicios u otras razones, por tratarse de un remedio extraordinario restringido a los motivos taxativamente determinados por la ley"

En efecto, sólo pueden ser rescindibles aquellos supuestos expresamente señalados por ley. Tal como lo han reconocido los jueces de nuestro país: "la acción rescisoria que regula el artículo 1370° del Código Civil, resulta operante por causal existente al momento de su celebración; sin embargo, la ley no deja al libre albedrío de los justiciables para invocar la causal que la motiva, sino que la ley material es específica al respecto, señalando normativamente las causales que comprenden dicha institución jurídica, a saber: a) la venta de bien ajeno; b) la lesión; e) compraventa sobre medida" (EXP. N° 6505-99. Corte Superior de Justicia de Lima).

En consecuencia, por las razones expuestas, las normas de leasing no podrían referirse en los supuestos analizados, a la rescisión, sino a la resolución como bien lo había reconocido la Casación 3584-00-Lima¹²⁵, la cual incluso es anterior a la Casación N° 3889-2001-Lima que plantea la criticable lectura literal de los alcances de la norma.

Todos hacemos un análisis costo-beneficio a la hora de contratar, además, sabemos qué es lo que queremos y necesitamos. Tenemos una necesidad que cubrir, y estamos dispuestos a pagar hasta el límite en que valoricemos el bienestar que perseguimos. Así, el análisis de la figura debe pasar por considerar

¹²⁵ Esta Casación evidencia que cuando la norma señala el término "rescisión" debería entenderse como "resolución".

que la misma debe contener como finalidad la consecución tanto de seguridad jurídica como de justicia.

Así, por ejemplo, del Análisis Económico del Derecho (AED) se considera que la rescisión es una figura que resulta nociva para la economía y que atenta contra la propia seguridad de las relaciones jurídicas entre personas. Las empresas contrataran y su estado de necesidad es valorizado en un nivel muy alto, una vez celebrado y ejecutado el contrato, si se incurriese en alguna falla lo que se buscaría es el beneficio de menos tiempo y más efectividad, por lo que la rescisión no daría pie a que eso suceda, al contrario lo que haría es demorar y aplazar la efectividad que buscan los empresarios

Desde este ángulo o perspectiva, la figura de la rescisión conduciría a conceptuarse como ineficiente e injusta en términos amplios- situación de que si las personas supieran que existe el riesgo de que se rescinda el contrato, entonces no contratarían más de esta manera

Si ocurriese lo señalado, habría menos necesidades urgentes o apremiantes que pudiesen ser cubiertas, pues aun cuando se ofreciese a alguien una gran "oportunidad", ésta no sería aceptada por temor a la posterior rescisión.

Si vemos desde ese punto de vista haciendo un paralelo con las figuras contractuales, notaremos que existen riesgos o desventajas y que los costos serán más grandes si optamos por instituciones jurídicas que deberían haber quedado en el pasado como lo es el mecanismo de la rescisión.

La vigencia de instituciones jurídicas que se encuentran aún reguladas en nuestro ordenamiento es un problema que trae a colación un análisis costo- beneficio, porque el resultado de aplicar estas figuras contractuales traerá consigo intercambios más caros, más complejos e ineficientes.

Atendiendo a todo ello, lo que se busca con esto, es que nos demos cuenta que la rescisión al ser una figura que viene siendo utilizada hace siglos, si se usa a tenor literal, no será más que un terrible problema pues traería demoras, atrasos y no

una solución eficiente, por lo que por ahora afirmo que lo viable es una especie de unificación pues en los casos en que se mencione rescisión, se tomará en cuenta la resolución y viceversa, pues esto no es más que una confusión interpretativa que se ha dado a lo largo de los años. No obstante es bueno dejar en claro, que a futuro lo mejor será eliminar una figura que está ya desfasada en el tiempo como lo es la rescisión.

Dicen que todo tiempo pasado fue mejor, pero en este caso debemos decir que a la modernidad le importa pisar el pasado para avanzar y seguir dándonos mejores alcances para un mejor mundo que nos exige hoy por hoy un dinamismo en el actuar jurídico y las relaciones contractuales.

CONCLUSIONES

- La teoría económica del contrato evalúa las distintas reglas contractuales de acuerdo a cómo solucionan los problemas creados por las imperfecciones en la racionalidad individual o en la atmósfera del mercado. En esa línea la intervención del Estado debe ser realmente excepcional, de este modo el contrato o la relación contractual propiamente dicha encuentra la cima si se satisfacen los intereses de las partes contratantes y si se han cumplido con los requisitos legales previstos por ley.
- La vigencia de instituciones jurídicas que se encuentran aún reguladas en nuestro ordenamiento es un problema que trae a colación un análisis costo-beneficio, porque el resultado de aplicar estas figuras contractuales traerá consigo intercambios más caros, más complejos e ineficientes.
- Los supuestos típicos de ineficacia funcional son la resolución y la rescisión. La rescisión es el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevenida. Y la resolución es uno de los medios contractuales más eficaces para lograr que se ejecuten las obligaciones, pues el incumplimiento da lugar a la resolución automática del contrato y no es necesario que el perjudicado recurra al poder judicial.
- El Leasing o arrendamiento financiero es un contrato a través del cual una parte, llamada arrendador, adquiere un bien de capital (mueble o inmueble) por instrucción de un arrendatario para luego ceder a favor de éste el uso del mismo a cambio del pago de una cierta renta periódica más los intereses correspondientes. Al término del contrato, el arrendatario tiene la opción de adquirir el bien arrendado a cambio del pago de un valor residual establecido en la opción de compra.

- La ley de arrendamiento financiero y su reglamento hacen mención al término rescisión; ello, debido a que en las leyes promulgadas antes de año 1984 se confundía el término rescisión con el término resolución. Posteriormente se aclara esta confusión, entendiéndose que en los casos en que se hacía mención a rescisión, en realidad se trataba de resolución; por lo que, en el caso de la ley de arrendamiento financiero a lo que se refiere realmente el legislador es a la resolución del contrato.
- El Análisis Económico del Derecho (AED) se considera que la rescisión es una figura que resulta nociva para la economía y que atenta contra la propia seguridad de las relaciones jurídicas entre personas
- La rescisión al ser una figura que viene siendo utilizada hace siglos, si se usa a tenor literal, no será más que un terrible problema pues traería demoras, atrasos y no una solución eficiente. Sin embargo, de manera interpretativa, ambas figuras, rescisión y resolución pueden utilizarse del mismo modo, pues ambas llegan a la misma solución y de este modo podríamos realizar una especie de unificación pues en los casos en que se mencione rescisión, se tomará en cuenta la resolución y viceversa. A largo plazo eliminando la figura de la rescisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS:

- ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz; VÁSQUEZ, Gabriela Alejandra. *Teoría General de las Ineficacias*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.
- BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. La Responsabilidad*. V, Ristampa, Giuffrè, Milán, 1999
- BLANCO FORNIELES, Víctor. *El intervencionismo de Estado en el Derecho Constitucional Mexicano*. Universidad Nacional de México, 1994.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2da Ed., PALESTRA Editores, Lima, 2006.
- BULLARD GONZALES, Alfredo y otros. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 2004.
- CALDERÓN, Gilberto. *Notas sobre la Globalización y su impacto en la economía y la sociedad*, gestión y Estrategia, N° 7, Enero – Junio, 1995.
- CALEGARI DE GROSSO, Lydia. *El Contrato de Leasing. Legislación y Jurisprudencia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Diccionario Jurídico Moderno*, San Marcos, Lima, 1995.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985
- DE LA PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Vol XI. Primera Parte – Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1993.
- ERRASTI, Francisco. *Retos actuales de la Revolución Industrial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979.

- FERNÁNDEZ-BACA, Jorge, *Microeconomía. Teoría y Aplicaciones*, Tomo I: *Las decisiones del consumidor y de la empresa*, Primera Edición corregida, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, 2005.
- FERNANDEZ SESSAREGO. *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, Gaceta Jurídica, Tomo 75-B, Lima, 2000.
- FLORES POLO, Pedro. *Ley de Sociedades Mercantiles*. Lima – Perú. Editorial J. Valenzuela; 1983.
- GALGAN, Francesco. *La globalización en el espejo del Derecho*, Runbinzol – Culzoni, Santa Fe, 2005.
- LANDES, David. *Progreso Tecnológico y Revolución Industrial*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1979.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso del acto jurídico con referencia al proyecto del C.C. Peruano*, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1983..
- LEVY, Haime, *El Arrendamiento Financiero, sus repercusiones fiscales y financieras*, Décima Segunda Edición, Ediciones Fiscales Alonso, México, 1986
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Perú, Segunda Edición. Librería Studium Ediciones, Segunda edición.
- MATICK. Paul. Marx y Keynes, *Los límites de la economía mixta*. Era. México 1975.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1986.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1955.

- MONTROYA ALBERTI, Ulises. *El contrato de Leasing. Material de Complementación Académica*. Contratos Modernos de Empresa. ESDEN, Escuela Superior de Derecho, Empresa & Negocios, 2000.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de Contratos de Empresa*. Tomo I. Depalma. Buenos Aires. 1998.
- MOSSET ITURRASPE, Jorde. *Interpretación Económica de los Contratos*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994.
- ORIOL AMAT. *El Leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones*, Deusto, Bilbao, 1987
- PALACIOS, Eric. *La Nulidad del Negocio Jurídico- Principios generales y su aplicación práctica*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo 11, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1978.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contrato en cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987
- SALVAT EDITORES. *Historia Universal*, Salvat Editores, v.17, Lima, 2005.
- SILVA OTERO, Arístides y MATTA DE GROSSI, Mariela. *La llamada Revolución Industrial*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- SOTO COAGUILLA, Carlos Alberto. *El contrato en una Economía de Mercado*, Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo – Perú, 2004.

- SUNSTEIN, Cass. R., *The Cost – Benefit State*, University of Chicago, Law School, John M. Olim Law & Economics, Working Paper N° 39, May 1996.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del Acto Jurídico*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002.
- TORRES VÁSQUEZ. Anibal. *Acto Jurídico*, 4ª Ed, IDEMSA, Lima- Perú, 2012.
- VEGA GORDILLO, M. y ÁLVAREZ ARCE, J. *Crecimiento económico y libertad: Un Estudio de Causalidad*, 2003.
- VERA ZAMAGNI. *Historia Económica de la Europa Contemporánea*. Libros de Historia, 2011.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, 7a ed., Lima, 2007.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Las Garantías del Crédito*, 2da Edición, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 1998

TESIS:

- HUAMAN ORELLANA, Diana Yolanda. *“Efecto Del Leasing Sobre El Crecimiento En Las Empresas De Transporte por Carretera de Encomiendas y Mudanzas en la Provincia De Huancayo”* Tesis para optar el Título profesional de Contador público. Facultad de Contabilidad de la Universidad Nacional del Centro del Perú, 2012.
- INGA VÁSQUEZ, Harry Isaías. *“El leasing y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano”*. Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, 2011.

- FLORES GARCÍA, Pedro. “*Estudio Financiero y Fiscal del Arrendamiento Financiero en el año 2002*”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Ciencias de Área Finanzas, Facultad de Economía, Universidad de Colima, 2002.
- MEJÍA TRUJILLO, Elliot Glaanfranco. “*El análisis costo – beneficio de las normas*”, Tesis para optar el título profesional de Abogado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2008.

ARTICULO DE REVISTA:

- ARJONA TRUJILLO, Ana María y PARDO RUBIO, Mauricio. *El Análisis Económico del Derecho*. Revista Jurídica Precedente, N° 202, Universidad ICESI, 2002.
- ARIAS- SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, Contratos: Parte General, Gaceta Jurídica, 2006.
- ARNAU MOYA, Federico. *El contrato de Leasing en el Derecho Español*, Revista de la Facultad de Derecho, N° 59, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas- Venezuela, 2004.
- BETTI, Emilio, *La Teoría General del Negocio Jurídico*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- COELLO MARTÍNEZ, Adrián Manuel. *Leasing*. Actualidad Empresarial N° 330- Primera Quincena de Julio 2015, VII, Lima Perú..
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico*” en Anuario de Derecho Civil, núm, 2, tomo XIV, fasc, IV, octubre-diciembre, Publicaciones del Instituto Nacional de estudios Jurídicos Madrid, 1961
- FORNO FLORES, Hugo. “*Comentario al artículo 1370*” en CÓDIGO CIVIL COMENTADO. *Por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII, Gaceta Jurídica. S.A., Perú, 2004

- GIORGI, Giorgio. *"Teoría de las Obligaciones"*, Vol. 111, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910
- GUTIÉRREZ O, Jahir A .*Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial*, Revista de Opinión Jurídica, Vol. 11, N° 21, 2012.
- FERNANDEZ SESSAREGO. *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, Gaceta Jurídica, Tomo 75-B, Lima, 2000.
- LEYVA SAAVEDRA, José. *Autonomía privada y contrato*, Revista Oficial del Poder Judicial, Año 4-5, N° 06 y N° 07 , 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos, parte general*, 2da. Edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010.
- MORI CONDORI, Jesús. *La obligación de hacer*, Revista Jurídica Magistri Et Doctores, N° 2, Año VII, 2002.
- MOUNIER, Emmanuel. *El personalismo*. Decimosegunda edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1962.
- RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir. *Principios generales de una sociedad libre para fortalecer el orden espontáneo del mercado*, Quipukamayoc , Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 23, N° 44, 2015.
- ROQUE MONTESILLO, Luz Gladys. *Teoría del Acto Jurídico y Concepto del Negocio Jurídico*. Revista Oficial del Poder Judicial, N° 02, 2008.

NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

- Constitución Política del Perú.
- Código Civil

JURISPRUDENCIA

- STC 0008 – 2003 – AI/ TC, Fundamento N° 26, apartado b).
- Exp.N.° 2185-2002-AA/TC

FUENTES DE INTERNET

- El síndrome de lo tibio, por Alfredo Bullard. Lo cierto es que sonar bien no hace que una frase sea cierta. El Comercio Opinión. http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/sindrome-lo-tibio-alfredo-bullard-noticia-1786707?ref=flujo_tags_171046&ft=nota_2&e=titulo.
- http://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodec/materiales/articulos/articulos/Francisco_Oliva_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_HACIA_UN_DERECHO_CIVIL_UNIFORME.pdf.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. Obtenido en [<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/2267/2218>] ubicado el 17.IV.18
- MÁRQUEZ GONZÁLES. La Ineficacia de los Contratos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM [Ubicado el 27.V.2015]. Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/100/est/est9.pdf>.
- Principios de Unidroit en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.