

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
ESCUELA DE DERECHO



**IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DE MANAGEMENT EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO
DE LIBERTAD CONTRACTUAL**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

ANGEL JAVIER CRUZ ACEDO

Chiclayo, 06 de Julio del 2018

**IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DE MANAGEMENT EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO
DE LIBERTAD CONTRACTUAL**

PRESENTADO POR:

CRUZ ACEDO, ANGEL JAVIER

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

Abogado

APROBADO POR:

Mgtr. Luis Henry Heras Zarate
Presidente del Jurado

Abog. Carlos Augusto Tejada Lombardi
Secretario del Jurado

Mgtr. Manuel Francisco Porro Rivadeneira
Vocal del Jurado

CHICLAYO, 2018

RESUMEN

En la actualidad es muy importante establecer si es conveniente la regulación de un determinado contrato atípico, respetando los principios y fuentes del Derecho vigentes en nuestro sistema jurídico, tomando en cuenta lo desarrollado por la doctrina mercantil y la normativa internacional.

El desenvolvimiento de los contratos modernos no regulados en nuestro ordenamiento son una realidad, ya que se encuentran operativos en nuestra economía social de mercado, comprobando de esta manera la funcionabilidad y rentabilidad de estas formas contractuales, siendo más precisos se estudiara al contrato de Management como una herramienta de medición económica, de acuerdo a las exigencias del mercado y al giro de negocio de la actividad empresarial.

Investigando la necesidad dentro del mercado empresarial de una legislación para volver más eficiente al contrato de Management, no limitando su utilización, si no a fin de fomentar su implementación.

Asimismo se planteara cláusulas generales de contracción, y una propuesta legislativa, formulando artículos que serán adheridos a la Ley General de Sociedades a partir del artículo 193, considerando de esta manera que es perfectamente viable la regulación.

Palabras claves:

Economía social de mercado, principio de libertad contractual, giro de negocio, management, regulación contractual.

ABSTRACT

At present, it is very important to establish what is necessary for the regulation of a certain atypical contract, respecting the principles and sources of law in force in our legal system, taking into account what has been developed by commercial doctrine and international regulations.

The development of modern contracts not regulated in our order is a reality, since it is available in our social market economy, thus verifying the functionality and profitability of these contractual forms, being more precise that a measurement tool studies it economic, in accordance with the demands of the market and with the turn of business enterprise activity.

Investigate the need within the business market for a legislation to make the Management contract more efficient, not limiting its use, if it is not necessary to move away from its implementation.

General clauses of contraction will also be proposed, and a legislative proposal, formulating articles that adhered to the General Law of Companies in Book V on associative contracts, considering that this way is viable for regulation.

Key words:

Social market economy, principle of contractual freedom, core business, management, contractual regulation.

ÍNDICE

RESUMEN	III
ABSTRACT	VI
ÍNDICE	V
TABLA DE ABREVIATURAS	IX
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I	12
1. CONTRATACIÓN EN EL PERÚ: AUTONOMÍA CONTRACTUAL EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	12
1.1. MODELO ECONÓMICO: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	12
1.1.1. GENERALIDADES	14
1.1.2. DIMENSIÓN SOCIAL	15
1.1.2.1. LIBERTAD EMPRESARIAL	16
1.1.2.1.1. EMPRESA COMO CONCEPTO ECONÓMICO	17
1.1.2.1.2. EMPRESA COMO CONCEPTO JURÍDICO	18
1.1.3. MARCO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO	19
1.1.4. DERECHO ECONÓMICO	20
1.2. REGULACIÓN CONTRACTUAL PERUANA EN CONCURRENCIA CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL	22
1.2.1. PRECEDENTES Y DESARROLLO	23
1.2.2. AUTONOMÍA CONTRACTUAL	24
1.2.2.1. AUTONOMÍA PRIVADA	25
1.2.3. PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD	25
1.2.3.1. ELEMENTOS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA	26
1.2.4. EL CONTRATO MERCANTIL	29
1.2.4.1. CONTRATO MERCANTIL Y CONTRATO CIVIL	31
1.2.5. LÍMITES DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL	32
1.2.6. RÉGIMEN LEGAL	34

CAPÍTULO II	36
2. SISTEMA DE CONTRATACIÓN DE MANAGEMENT	36
2.1. ANTECEDENTES	36
2.2. EL CONTRATO DE MANAGEMENT	38
2.2.1. DEFINICIÓN	38
2.2.2. OBJETIVOS	39
2.2.3. NATURALEZA JURÍDICA	40
2.2.4. CARACTERÍSTICAS	43
2.2.5. PARTES CONTRACTUALES	47
2.2.5.1. GERENCIANTE	48
2.2.5.2. GERENCIADO	49
2.2.6. COMPONENTES DEL MANAGEMENT	49
2.2.6.1. LA DIRECCIÓN DE LA EMPRESA O DE LA UNIDAD	50
2.2.6.2. ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA	51
2.2.6.3. ASIGNACIÓN DE RECURSOS	52
2.2.6.4. CONTROL	52
2.2.6.5. PLANIFICACIÓN	53
2.2.6.6. LA ACTIVACIÓN	54
2.2.6.7. ANIMACIÓN	55
2.2.7. DERECHOS Y OBLIGACIONES	55
2.2.8. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA DE MANAGEMENT	57
2.3. TIPOS DE CONTRATOS DE MANAGEMENT PRIVADO	59
2.3.1. COMMUNITY MANAGER	59
2.3.2. NEW PUBLIC MANAGEMENT	60
2.3.3. MANAGEMENT HOTELERO	62
2.3.4. MANAGEMENT DEPORTIVO	63
2.3.5. MUSIC MANAGEMENT	65
2.4. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS	66

2.4.1. CONTRATO DE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA (GERENCIAL) Y CONTRATO DE MANAGEMENT	66
2.4.2. CONTRATO DE GESTIÓN COMÚN Y CONTRATO DE MANAGEMENT	68
2.4.3. CONTRATO DE OUTSORCING Y CONTRATO DE MANAGEMENT	68
2.4.4. CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO DE MANAGEMENT	69
2.5. EL CONTRATO DE MANAGEMENT EN EL SISTEMA EMPRESARIAL PERUANO	69
2.6. EL CONTRATO DE MANAGEMENT EN EL DERECHO COMPARADO	70
2.7. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA MERCANTIL	72
CAPÍTULO III	75
3. IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DE MANAGEMENT	75
3.1. REGULACIÓN Y UTILIZACIÓN CONTRACTUAL	75
3.2. CONTRATO DE MANAGEMENT EN UN ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	78
3.2.1. VIABILIDAD DEL CONTRATO DE MANAGEMENT	79
3.3. CONCORDANCIA CON LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES	83
3.4. RAZONES PARA UNA ÓPTIMA REGULACIÓN	85
3.5. BENEFICIOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE MANAGEMENT	89
3.5.1. NECESIDAD DEL MANAGEMENT EN LAS PYMES	92
3.6. CLAUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN DEL MANAGEMENT	95
3.7. PROPUESTA DE REGULACIÓN	96
3.7.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	96
3.7.2. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO	97
3.7.3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA PROPUESTA NORMATIVA	97
3.7.4. INICIATIVA DE REGULACIÓN	98
CONCLUSIONES	100

RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	102

TABLA DE ABREVIATURAS

ART.	:	Artículo
APEC	:	Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico
AUE.	:	Acta de la Unión Europea
CCP.	:	Código Civil Peruano
CL.	:	Common Law
CNUDMI	:	Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
CPP.	:	Constitución Política del Perú
DLEG.	:	Decreto Legislativo
DOP.	:	Diario Oficial el peruano
ESM.	:	Economía Social de Mercado
EXP.	:	Expediente
INC.	:	Inciso
LGS.	:	Ley General de Sociedades
PYMES	:	Pequeña y mediana empresa
RAE.	:	Real Academia Española
SAPC.	:	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria
STC.	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC.	:	Tribunal Constitucional
TEDH	:	Tribunal Europeo de Derecho humanos

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha incrementado la utilización masiva de diversos contratos que aunque típicos o innominados siguen siendo el vehículo más apto para la circulación de bienes y realización de la actividad empresarial.

El contrato de Management no es ajeno a ello, ya que es una “herramienta de gestión” cada vez más usada para proporcionar consultoría gerencial o gestión en sentido propio, en un régimen de exclusividad con respecto a las actividades encomendadas, lo que podría significar la obtención de los servicios acordados en el contrato, obteniendo un valor de dinero o la mejora continua durante la vida de la forma contractual.

Siendo cada vez más las empresas que recurren a este método para ajustar sus objetivos, cediendo la capacidad de dirección de la empresa para poder decidir los objetivos específicos, trazando la ruta y recorrido correcto para la empresa, organizando en un marco de proceso dinámico su funcionamiento a corto y largo plazo, asignando recursos, tomando el control del movimiento empresarial. Es por esto, el presente proyecto se dividido en capítulos organizados de manera coherente, con la finalidad de que se pueda formalizar esta figura contractual.

El Capítulo I está referido a la contratación en el Perú, teniendo en cuenta que estamos regidos por una economía social de mercado, los elementos y límites de la autonomía contractual, el Principio de Libertad Contractual y su régimen legal.

En el Capítulo II se realizara un estudio minucioso sobre todo lo relacionado al sistema de contratación de Management, sus modalidades, naturaleza jurídica, características, obligaciones y su diferenciación con otras modalidades contractuales. Asimismo se recurrirá al Derecho Comparado para poder apreciar más detalladamente el desenvolvimiento de este contrato atípico.

En el Capítulo III se desarrollara la propuesta de Regulación del Contrato de Management, determinando clausulas específicas de contratación y su adhesión a la Ley General de Sociedades.

Finalmente se establecerán las conclusiones que presentan los hallazgos significativos del trabajo de investigación; así como las sugerencias para los futuros investigadores, entre otros que entren en contacto con el presente trabajo. Además se señalan las referencias bibliográficas que sirvieron de soporte científico y teórico a la investigación.

CAPÍTULO I

1. CONTRATACIÓN EN EL PERÚ: AUTONOMÍA CONTRACTUAL EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El contrato es el instrumento jurídico fundamental en el desarrollo económico y social, que regula los acuerdos privados, destinados a satisfacer necesidades, intercambiar bienes o buscar beneficios.

El contrato se ha publicitado, ha dejado de ser un mero negocio entre privados; interesando y preocupando su función social. La posición dominante en que se encuentra una de la partes, la “económicamente fuerte”, posibilita excesos y abusos, que la otra parte, “la débil”, no puede controlar o evitar. De ahí que el peligro de la contratación en el mercado, librada exclusivamente por normas invisibles al orden espontáneo. Frente a esta situación de disparidad que es proclive el aprovechamiento, es necesaria la presencia del Estado, con un orden público de protección y de planificación, de contralor y de ayuda¹.

Para poder analizar el sistema de contratación en el Perú, es necesario estudiar detalladamente el modelo económico que nos rige según la constitución política de 1993.

1.1. MODELO ECONÓMICO: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Los principios de liberalismo económico en los que se basa la economía social de mercado son: el individualismo, que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad; y el principio de

¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *El Contrato en una Económica de Mercado*, Lima, Editorial Normas Legales S.A.C. 2004, Pág.12.

que la competencia es un instrumento rector. Se diferencia porque el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado, sin desconocer que la libertad es la que roge las decisiones económicas².

El modelo económico social de mercado regulado en nuestra constitución, tendría la consigna de crear una economía de libre competencia, donde la apertura del mercado y la capacidad del Estado por garantizar la libre iniciativa a la inversión privada se vean unidas en pos de garantizar el progreso sostenible de la capacidad económica de la sociedad.

La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente³.

Por lo tanto este tipo de modelo económico exige como presupuesto la existencia de una sinergia adoptada por el reconocimiento de las libertades económicas, pero al mismo tiempo por la aceptación de un Estado orientador del desarrollo económico. Es decir, el Estado tendrá la misión de intervenir en casos de concentración del poder económico, haciendo indispensable evitar la formación de monopolios y trust y más aún que se incurra en un abuso de poder por parte de los monopolios naturales (electricidad, gas, etc.)⁴.

² KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*, Fondo Editorial PUCP, 2012. Pág. 99.

³ RESICO, Marcelo. *¿Qué es la Economía Social de Mercado?* (Ubicado el 13.X 2015). Obtenido en:

http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf.

⁴ OLIVOS CELIS, Milagros K. "Fundamentos Constitucionales de la Economía Social de Mercado", *IUS, Revista de Investigación de la Facultad de Derecho USAT*, 2011, Pág.20.

1.1.1. GENERALIDADES

El ordenamiento real de la economía estaría plasmado en la constitución económica, partiendo de este punto la definición de constitución económica, radicaría en “aquella regulación jurídica de un sistema u orden económico, entendido este último, como el conjunto de principios, que rigen la disposición sobre bienes en una comunidad, tanto respecto de su producción y consumo como así mismo con relación a los sujetos titulares del poder de disposición”⁵.

Asimismo el sistema económico sería entendido como el conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas⁶.

En nuestros días, el concepto de economía social de mercado ya no tiene solo como sus objetivos prioritarios la libertad económica y la justicia social, sino que debe hacer frente a nuevos condicionamientos económicos, sociales y políticos, especialmente al reto ecológico y al reto ético. En lo que se refiere al primer aspecto, el paradigma de la postmodernidad no está dispuesto a hacer de la naturaleza una simple mercancía, ni a explotarla y depredarla, pues se amenaza a la existencia de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida en todo el mundo⁷.

Dentro de las características fundamentales de la economía social de mercado, estaría que el mercado y la competencia no deben ser concebidos como privilegio de los empresarios, sino como elementos para garantizar la libertad de los consumidores y trabajadores, también como instrumentos para aumentar el rendimiento; sus funciones pueden peligrar por la formación de carteles y la concentración de poder económico, por lo que es pertinente una legislación antitrust law.

El mercado y la competencia deben funcionar de manera óptima cuando el Estado establece normas claras e inequívocas por intermedio de su sistema monetario y su ordenamiento jurídico. La práctica de la economía social de

⁵ ALEMANN, Roberto, *Sistema Económico*. Bueno Aires. Ediciones ARAYU, 1953. Pág. 15.

⁶ WITKER, Jorge. *Derecho Económico*. México, Editores HARLA, 1985. Pág.24.

⁷ KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *Op. Cit.*, Pág. 101.

mercado, se sustenta en los principios de solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común; y el de subsidiariedad en virtud del cual lo que el individuo puede hacer por propia iniciativa no debe hacerlo la comunidad o el Estado⁸.

Siendo así un Estado dirige su actuar a través de la configuración idónea de políticas públicas, las cuales constituirán los lineamientos que dirigen y estructuran el régimen de cada gobierno.

1.1.2. DIMENSIÓN SOCIAL

De acuerdo a la Constitución de 1993, se ha optado por un modelo ortodoxamente liberal. Ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico, como la justicia social enunciada en la Constitución de 1979. Estamos entonces, ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autodefina como de “economía social de mercado”, adjetivo este, el de “social” que fue incorporado no sin notable debate en el seno del Congreso Constituyente Democrático, ya que en un primer momento la mayoría del Congreso se oponía a su inclusión en la Constitución, la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas⁹.

Por consiguiente, la auténtica reciprocidad en derecho contractual se consigue únicamente a través de la conciliación entre el contenido social del negocio jurídico, conmixtión que garantiza una correcta capacidad de funcionamiento del mercado¹⁰.

Para OLIVOS CELIS, en síntesis resulta necesario que el Estado, en ejercicio de su función reguladora adopte técnicas legislativas que se orienten a promover una competencia eficiente y crear un país orientado al progreso, a fin de estabilizar las fuerzas de los agentes que entran en el mercado. Sin embargo, esta no es una tarea fácil, dado que el Estado tiene una exigencia adicional, esto es, debe regular sin transgredir, fiscalizar sin perturbar, vigilar sin obstruir, e

⁸ Ibidem, Pág. 100.

⁹ ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente. *La Constitución Económica en el Perú y en el Derecho Comparado*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003. Pág.301.

¹⁰ BENÍTEZ CAORSI, Juan, *Solidaridad Contractual – Noción Posmoderna del Contrato*, Madrid, Editorial Reus, S.A. 2013, Pág. 4.

intervenir sin destruir, es decir debe guardar proporcionalidad y gradualidad en el ejercicio de la función legal de control y vigilancia, optimizando su gestión¹¹.

El modelo económico adoptado por nuestra constitución garantiza una serie de libertades, como la libertad de asociación, la libertad de expresión, la de información, etc. Entre los que se encuentra principalmente para el desarrollo de la presente investigación la libertad empresarial, pilar fundamental para el desarrollo del contrato de Management en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.2.1. LIBERTAD EMPRESARIAL

Según el Tribunal Constitucional Peruano, la libertad empresarial o libertad de empresa es la libertad que poseen todos los individuos para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario), dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado¹².

El derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. “La libertad de Empresarial tiene un marco de actuación económico auto-determinativa, la cual implica que el modelo Económico Social de Mercado, sirva el fundamento de su actuación y, simultáneamente le impondrá límites a su accionar; consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad, o la preservación del medio ambiente y ciertos ejercicios que deben respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución Peruana reconoce”¹³.

¹¹ Cfr. OLIVOS CELIS, Milagros, *Op. Cit.*, Pág. 24.

¹² STC, del Tribunal Constitucional Peruano del 10 de Diciembre del 2010, Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Fundamento 15.

¹³ STC, del Tribunal Constitucional Peruano del 29 de Febrero del 2006, Expediente N° 7320-2005-AA, Fundamento 53.

Cualquier análisis jurídico de la libertad empresarial debe partir, dada su cobertura ordinaria en leyes formales, de su encaje en la “Constitución económica”, entendida como el conjunto de reglas y principios constitucionales acerca del ejercicio de la actividad empresarial y de la participación e intervención en ellas de los poderes públicos¹⁴. De esas reglas y principios depende el marco, más o menos amplio, en que debe de desenvolverse la acción del Estado, en un ámbito tan crucial para los intereses generales y también, de un modo u otro, para todos los ciudadanos, ya se trate de empresarios o consumidores.

1.1.2.1.1. EMPRESA COMO CONCEPTO ECONÓMICO

Económicamente, la empresa es organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada. Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad, aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforme a las exigencias de la explotación económica (armonía y proporcionalidad de los diversos elementos productivos, según la índole de la industria y su entidad económica: en una industria bancaria predominara el elemento del capital; en una industria manufacturera el elemento del trabajo, etc.). Esta unidad de concepto se manifiesta también desde el punto de vista contable, que abarca toda la actividad de la empresa dentro de determinados periodos de tiempo (“ejercicios económicos”) y separa el patrimonio mercantil del patrimonio privado¹⁵.

La actividad empresarial comprende todo acto, toda actividad, toda relación jurídica que involucra el cumplimiento de un objetivo, que es volcar bienes o servicios al mercado, pero sin olvidar que en toda relación mercantil hay necesariamente otra parte. Asimismo es necesaria la concurrencia de requisitos como el soportar en forma constante un riesgo de pérdida, el cual se compensa por la expectativa – causa determinante de su creación- de obtener un beneficio

¹⁴ HUERGO LORA, Alejandro, “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas Públicas”, *Revista de Administración Pública*, N°154, Marzo 2014, Págs. 129-130.

¹⁵ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I*, 7ª edición, Bogotá, Editorial TEMIS, 2003. Pág.162.

ilimitado, contar con una organización conforme a un plan elaborado por empresario, y calcular racionalmente el resultado económico perseguido, que permite calificar el carácter mercantil de la empresa¹⁶.

Desde el punto de vista económico, el concepto de la empresa no ofrece, pues, dificultad. Cualquier hombre de negocios la definirá, sin vacilar, como conjunto de bienes (cosas, derecho, actividades) organizados por el comerciante con fines de lucro.

1.1.2.1.2. EMPRESA COMO CONCEPTO JURÍDICO

Para los juristas han pretendido transportar el intacto del concepto económico al campo del derecho, y a falta de un concepto legal se han dedicado a formular las más variadas construcciones doctrinales. Para lograr, un concepto jurídico que pueda encuadrarse en el sistema de derecho positivo o suscitar un problema *lege ferenda*, los juristas buscan la posibilidad de reconducir a una unidad jurídica los distintos elementos de la empresa. Esa labor constructiva, que suple la falta de concepto legal, ha empezado a actuar, en busca de ese tratamiento unitario de la empresa, en vista de actos jurídicos relativos a la empresa como objeto de tráfico¹⁷.

La doctrina mercantil, contempla desde un punto de vista jurídico el desarrollo de la empresa como unidad económica orgánica, calificándola como el ejercicio profesional de una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios¹⁸.

Con el desarrollo económico, la empresa ha incurrido en el Derecho Mercantil, constituyéndose como la célula y el organismo moderno y director de la economía de nuestros días; la empresa en su estructura es de tipo capitalista, tanto por su naturaleza especulativa como porque la administración está reservada al empresario, sin intervencionismo público; sin embargo, por una parte la intervención del Estado es mayor y se manifiesta no solo o principalmente en la suscripción de capital, en las sociedad públicas y en las de

¹⁶ FARINA, Juan, *Op. Cit.*, Pág. 17-18.

¹⁷ GARRIGUES, Joaquín. *Op. Cit.* Pág.163.

¹⁸ URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aureliano y Otros. *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2ª Edición, Madrid, Editorial THOMSON-CIVITAS, 2004. Pág. 59.

economía mixta, sino también en forma sutil mediante la actuación de prestanombres de inversionistas ocultos, o de la preferencia y patrocinio de grupos o de personas, Todo esto plantea una menor independencia de la empresa misma y de su titular, y una subordinación o adecuación a planes y programas públicos¹⁹.

En opinión del Tribunal Constitucional Peruano, la empresa desde un punto de vista jurídico “traza sus límites cuando es ejercido en contra de la moral o seguridad de las personas, consecuentemente, el ejercicio del derecho a libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello dentro de las limitaciones básicas, que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”²⁰.

1.1.3. MARCO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

En la Constitución Política de 1993, la expresión “economía social de mercado” no tiene un contenido definido y preciso. Se trata de una cláusula abierta que ha tenido éxito entre nosotros, y que nos hace entender que las reglas de la economía deben regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el mercado, pero también que el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir. Así, debe hacer posible la concreción del derecho de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica y propiciar un sistema competitivo, en el cual los actores tengan en sus manos las decisiones fundamentales, penalizando los abusos de las prácticas restrictivas para beneficio, en primer lugar de los consumidores, pero también de los agentes económicos y del propio sistema²¹.

Los antecedentes que preceden al constitucionalismo económico, son las modernas constituciones que se produjeron durante la Edad Media. Fueron aquellos pactos entre monarcas y ciertos estamentos sociales mediante los cuales estos obtenían “privilegios” consistentes, en muchos casos, en beneficios de contenido. Estaba contenida en estos documentos denominados Cartas y una

¹⁹ BARRERA GRAF, Jorge, *El Derecho Mercantil en América Latina*, Ciudad de México, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963. Págs.66-68.

²⁰ STC. del Tribunal Constitucional Peruano del 11 de Julio del 2005, Expediente N° 330-2004-AA, Fundamento 32.

²¹ KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *Op. Cit.*, Pág. 100.

de ellas – quizás el más notable- fue la carta Magna de 1215, la cual por las características particulares del movimiento que la originó en Inglaterra, y por su contenido, fue muy importante en la formación del constitucionalismo moderno²².

Existen sistemas constitucionales económicos que rigen en distintos países dependiendo de sus políticas de gestión económica constitucional, entre los cuales podemos determinar al Estado de Economía Liberal, el cual se rige por la ley de la oferta y la demanda. Asimismo está la política económica de Control Estatal, donde la gestión de turno determina el precio de los productos bajo un estricto sistema de control social; cabe señalar que enmarco estos sistemas de políticas económicas, para poder determinar un término medio entre ambos, ya que son necesarias políticas públicas de mercado que ayuden a combatir los Monopolios y Oligopolios, así como un sistema de control Estatal, que estandarice el precio de los productos para así preservar la libre competencia.

1.1.4. DERECHO ECONÓMICO

El Derecho Económico es un derecho instrumental que está en función de la política económica, disciplina que postula una intervención del Estado en la economía selectiva o integral, según la fuerza o articulación de los grupos que controlan alternativamente el Poder Público. Sus principales características son que es dinámico, humanista, nacional e internacional, concreto, multidisciplinario e interdisciplinario, complejo, con un enfoque micro y macroeconómico, siendo un instrumento fundamental para el cambio social²³.

En palabras de HERRERO DE MIÑÓN, se manifiesta que una de las motivaciones para que exista una constitución económica es en primer lugar, que las constituciones se configuran como zonas de seguridad: “se introduce en la constitución lo que se quiere garantizar frente a terceros. Por eso, en un momento se afirma la libertad religiosa en la Constitución porque se entendía que podría estar amenazada. O se dice que determinadas formas de gobierno son irreformables en la Constitución. Se introducen todas las declaraciones de derechos burgueses, del siglo pasado, en la Constitución, cuando se consideran

²² ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente, *Op. Cit.*, Pág.16.

²³ WITKER, Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, Cuarta Edición, Ciudad de México, McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. 1999, Págs. 6-9.

amozados. Pues bien, en un momento en que se entiende amenazado determinado modelo económico se consagra o se trata de consagrar en la constitución”²⁴.

El Derecho Económico se podría definir como “un sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida, regulan las actividades de mercado de las empresa y de otros agentes económicos para realizar metas y objetivos de política económica, en dicha expresión encierra la intervención pura del Estado en la actividad de los mercados, por tanto influyen en decisiones y comportamientos de éstos si no tuvieran dichas regulaciones. El resultado de estas intervenciones normativas afectan de algún modo los costos o beneficios de un grupo de personas, mismos serán susceptibles de ser analizadas desde un punto de vista económico, tanto positivo o normativo, siendo así puede ser parte del objeto de estudio del análisis económico del derecho”²⁵.

La regulación en el ámbito económico-jurídico, se podría definir como aquella actividad normativa en la que el Estado condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos de la actuación de los agentes económicos²⁶.

En las sociedades contemporáneas el Derecho económico puede tener opiniones diametralmente opuestas, existiendo dos grandes tipos de derecho económico, el Derecho económico socialista que se caracteriza por el principio de las propiedades públicas de los medios de producción y la planificación imperativa de la economía por los poderes públicos, y el Derecho económico capitalista caracterizado por el principio de la propiedad privada de los medios de producción y por el poderío de los poderes privados económicos²⁷.

El Derecho económico se divide en Derecho Privado Económico, que tiene su campo de acción en la actividad económica privada, sus sustento ideológico está vinculada a un sistema de económica de mercado, donde se distinguen dos

²⁴ ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente, *Op. Cit.*, Pág.43.

²⁵ ZÚÑIGA ROMERO, Carlos, *Manual de Derecho Económico*, Guayaquil. Fondo Editorial de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2008, Pág. 50.

²⁶ KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *Op. Cit.*, Pág. 103.

²⁷ BERAÚN BARRANTES, Faustino, *El Derecho Económico y la metáfora de la libre competencia: un análisis filosófico*, Tesis para optar el grado de Doctor en Filosofía. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014. Pág.77.

sectores, el Civil y Mercantil, por otro lado está el Derecho Público Económico que se subdivide a la vez en Derecho Administrativo Económico, Derecho Constitucional Económico, Derecho Empresarial Económico, Derecho Internacional Económico y Derecho Penal Económico²⁸.

1.2. REGULACIÓN CONTRACTUAL PERUANA EN CONCURRENCIA CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

La contratación en la actualidad ha adquirido gran notoriedad por estar presente en la gran mayoría de actos que realiza el hombre, resultando un medio que posibilita la circulación de bienes, la industria, el comercio masivo y cualquier otra actividad económica. Por lo cual la evolución contractual será la base primigenia para el desarrollo y progreso de la sociedad.

En palabras de RODRIGUEZ VELARDE “Por el contrato se adquieren derechos pero también asumen obligaciones que evitan la violencia, la explotación y la injusticia. Desde el punto de vista económico, el contrato tiene mucha importancia puesto que casi siempre su contenido de este da carácter a la forma y lo hace obligatorio, es así que la finalidad de todo contrato es armonizar los intereses económicos inicialmente opuestos o al menos no coincidentes, razón por la cual es fuente usual de derechos y obligaciones, resultado fundamental en la vida social²⁹.

Para REZZÓNICO en la vida económica actual, no dominan ni las reglas dispositivas de la ley ni las condiciones contractuales negociadas individualmente, sino las condiciones negócias generales³⁰, por lo cual la ventaja de esta toma de conciencia previa, es relativa a la peculiaridad de la nueva contratación.

²⁸ ZÚÑIGA ROMERO, Carlos, *Op. Cit.* Pág. 107.

²⁹ Cfr. RODRIGUEZ VELARDE, Javier, *Contratación Empresarial*, Lima, Editorial RODHAS, 1998, Pág. 3.

³⁰ Cfr. THIELE, Wolfgang, Cit. REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con Clausulas predispuestas – Condiciones negócias generales*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, S.R.L.1987, Pág. 7.

1.2.1. PRECEDENTES Y DESARROLLO

La noción de autonomía de la voluntad, que hoy se describe y estudia como autonomía privada, desde una perspectiva distinta a la derivada de una aceptación del dogma procedente de una aceptación del dogma de la voluntad, tiene toda una trayectoria que no se podría pasar por alto, quedando regulada en un libro de leyes como el Código Napoleónico, determinando este precepto la irrevocabilidad de las convenciones, excepto por consentimiento mutuo, y la ejecución de buena fe de lo convenido.

Sobre el particular REZZONICO³¹ afirma que la trayectoria social e histórica de la autonomía de la voluntad debe extraerse de la ideología liberal. Esa autonomía de la voluntad, en su expresión más acabada es producto del liberalismo político, predicado por los filósofos del siglo XVII y del liberalismo económico del siglo XIX.

Al concebir el contrato dentro de un proceso en el que una persona pone a disposición de otra su acto y con ello una porción de su libertad, obligándose voluntariamente a una prestación, para HATTENHAUER³² el contrato devenía en una pieza estelar de la libertad civil en el derecho, desarrollándose tesis que culminan con el reconocimiento de la autonomía privada. Es decir que si el contrato es confirmación de la libertad civil, nadie debe desde un plano superior dictar a una persona normas reguladoras de esa porción de libertad, sino que aquellas debían emanar exclusivamente de su voluntad.

El contrato es considerado mucho más que un mero instrumento de circulación de riquezas puesto que la teoría contractual postmoderna, lo percibe como un modo por el cual es posible socializar el tránsito jurídico de bienes materiales e inmateriales, y por qué no decirlo, también como un instrumento de inclusión y exclusión social³³.

³¹ Cfr. REZZÓNICO, Juan, *Principios Fundamentales de los Contratos*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999. Pág. 190.

³² HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil - Introducción histórica y dogmática*, Barcelona, Editorial ARIEL S.A., 1987, Pág.69.

³³ BENÍTEZ CAORSI, Juan, *Op. Cit.*, Pág. 37.

1.2.2. AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Según la Doctrina clásica en la autonomía de la voluntad, “La base de la construcción jurídica es el hombre, ser libre por naturaleza, amo de sí, responsable de sus actos. En la voluntad libre del hombre está el origen del derecho, el origen de la ley, el origen del acto jurídico. El derecho subjetivo es un poder de la voluntad; la ley obliga si la voluntad libre del hombre ha concurrido a su sanción; el acto jurídico –voluntad jurídica lícita, dirigida inmediatamente a crear, modificar, confirmar o extinguir una relación de derecho, es fruto de esa voluntad libre, en la que debe hallarse no sólo el resorte de su formación, sino también de sus efectos precisos. Elemento esencial del acto, de ella deriva éste su fuerza obligatoria, y su fiel esclarecimiento es la más correcta norma para la interpretación”³⁴.

La autonomía de la voluntad es uno de los principios esenciales de la contratación mercantil, por que nace de la idea de la libertad del individuo para tomar sus decisiones. En los contratos de adhesión, contratos en masa o contratos impuestos, no se tiene libertad para discutir y determinar las cláusulas del contrato que se celebra, o estas son muy restringidas, pues el contratante débil tiene que aceptar todas las cláusulas preestablecidas. La autonomía de la voluntad hoy está limitada a algunos tipos contractuales concretos³⁵.

La autonomía contractual como un principio reconocido universalmente dentro del derecho, establece que las partes gozan de libertad para decidir con quién contrata y para estipular en los contratos todos aquellos términos y condiciones que considere convenientes para el desarrollo de sus negociaciones dentro de los límites que el ordenamiento jurídico les impone, para FARINA³⁶ la posibilidad reconocida a los sujetos crea contratos fuera de los esquemas establecidos por la ley, representando así la mayor concepción que el ordenamiento jurídico hace a la autonomía contractual.

³⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Derecho Civil Patrimonial*. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. Pág.104.

³⁵ ALVAREZ DIDYME-DOME, Manuel, *Contratos Mercantiles*, Ibagué, Fondo Editorial Universidad de Ibagué, 2012, Pág. 47.

³⁶ Cfr. FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos – Modalidades de Contratación Empresarial*, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999, Pág. 297.

1.2.2.1. AUTONOMÍA PRIVADA

La legislación positiva no indica las características típicas del concepto de autonomía privada; ello es fácilmente comprensible si se tiene en cuenta la función de los códigos y la complejidad de la problemática. En una fórmula breve, PUIG BRUTAU caracteriza al instituto de la autonomía privada como “la posibilidad de cada sujeto de derecho de alterar su situación jurídica por la propia iniciativa”³⁷, es decir, producir un cambio en sus relaciones con otros sujetos, con el presupuesto, se entiende, de una libre autodeterminación.

El contrato actúa por sus funciones de creación, modificación y extinción de relaciones entre un individuo y otro. Los efectos jurídicos devienen de las mismas normas que toman como supuesto de hecho el acto de autonomía privada y se remiten a él como antecedente necesario y suficiente.

En suma, el principio de autonomía privada significa que los particulares disponen en su vida de relación, para el mejor desarrollo de sus necesidades bajo el presupuesto de una normal autodeterminación-, del poder de regular por sí mismos sus intereses creando para ello un precepto de autonomía privada que da satisfacción y seguridad a sus intereses pero siendo a la vez reconocible exteriormente y, por tanto, susceptible de valoración³⁸.

1.2.3. PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad puede definirse como la capacidad de decisión libre que tenga 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 que coexisten de conformidad con su propia voluntad”³⁹.

El consentimiento cobra mayor relevancia en la primacía de la voluntad, resultando de la integración armoniosa y conjunta de la declaración de voluntad

³⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Cuarta Edición, Barcelona, Editorial BOSCH S.A. 1988. Pág. 261.

³⁸ REZZÓNICO, Juan Carlos, *Op. Cit.*, Págs. 200-201.

³⁹ STC. Del Tribunal Constitucional, del 24 de Abril del 2006, Expediente. Nº 047–2004–AI/TC, Fundamento 44.

de las partes. En este orden de ideas, el consentimiento es la coincidencia de las declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos, concurren a un fin común y se unen, una de ellas prometiendo y la otra aceptando, y ambas declaraciones den lugar a una nueva denominada voluntad contractual⁴⁰.

Siendo así el consentimiento resulta de la manifestación de la voluntad de las partes mediante una declaración directa, o a través de ciertos actos no declarativos, los sujetos del contrato, que deben ser dos o más partes. El contrato, por lo tanto, puede ser un acto jurídico bilateral o un acto jurídico plurilateral, donde la finalidad consiste en la creación, regulación, modificación, transferencia o la extinción de relaciones jurídica, cuyo objeto serán las relaciones jurídicas patrimoniales⁴¹.

1.2.3.1. ELEMENTOS DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

A) LIBERTAD DE CONTRATAR

Según SOTO COAGUILA, se denominada también libertad de conclusión o de autodecisión. Esta libertad es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante⁴². Por ello, se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona por que se desea.

La libertad de contratar comprende a su vez dos libertades: a) libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y b) libertad de elegir al otro contratante.

Para el maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO: “la libertad de contratar esta naturalmente en función de la libertad y el derecho de los demás. Desconocer esta realidad equivaldría negar la calidad ontológica del ser humano, lo que significaría sostener, erradamente, que existen derechos subjetivos absolutos”⁴³, por tanto, significaría que nadie puede ser obligado a celebrar un contrato si este

⁴⁰ YOVERA LEON, Jenny Marilú, *Regulación Jurídica del Contrato de Franquicia en el Perú*, Tesis para optar a Título de Abogada, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2011. Págs. 52-53.

⁴¹ ALTERNINI, Atilio, *Contratos Civiles – Comerciales – De Consumo – Teoría General*, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 1999. Pág. 10.

⁴² LARGO TABORDA, Adriana, *Tensión entre la autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín, Fondo editorial Universidad de Antioquia, 2012, Pág. 25.

⁴³ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Cit. CÁRDENAS QUIROZ, Carlos y GUITIÉRREZ CAMACHO, Walter. “*Contratos y Mercado*”, 2000. Gaceta Jurídica Editores, Lima, Pág. 5.

no es querido, ya que esta decisión pertenece al ámbito de la voluntad individual de cada ser.

La libertad de contratación se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, por la cual los particulares podrán autorregular sus relaciones jurídico económicas con los demás, de manera, que el Derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regula sus relaciones económicas y negócias, así como el poder de decidir con quienes se realizaran determinada relación contractual⁴⁴.

La libertad de contratar es un derecho fundamental de la persona que se encuentra consagrado en la Constitución el inciso 14 del Artículo 2º. Esta norma señala que toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos siempre que no se contravenga leyes de orden público”. Entonces, “nadie puede ser obligado a celebrar un contrato. La decisión de contratar es personal, salvo delegación expresa mediante apoderado, pero aun en este caso, existe la intención de contratar para sí mismo pero por intermedio de otra persona”⁴⁵.

La autonomía de elección del otro contratante es la facultad que se tiene para decidir con quién vamos a celebrar el contrato. Por lo tanto lo que es deseado por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no vulnere la normativa vigente.

B) LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual es la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato. Por eso se le conoce también como configuración interna o de autorregulación⁴⁶.

Según GAZZONI, se reconoce el derecho a las partes contratantes de elaborar el contenido contractual, denominado también reglamento de negociación, dentro de los límites impuestos tanto por la ley como por las buenas costumbres.

⁴⁴ STC .Del Tribunal Constitucional Peruano del 01 de Abril del 2005, Expediente N° 0048-2004-PJ, Fundamento 16.

⁴⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, Pág.56.

⁴⁶ LARGO TABORDA, Adriana, *Op. Cit.*, Pág. 25.

Esta libertad se identifica con la página blanca en la que las partes escriben *la lex privata* destinada a regular sus relaciones recíprocas⁴⁷.

Esta autorregulación contractual es el fundamento básico de la libertad de la persona, ya que se faculta a determinar libremente los términos y condiciones de un contrato, aclarando que esta no es una potestad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses de los demás.

El Principio de la Libertad de Contratación, en sentido amplio, permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes. Esa posibilidad de elegir el cómo solucionar o resolver esas diferencias, al ser vista como una mera manifestación de dicho principio, se halla delimitado, entre otras cosas, en función del concepto de orden público⁴⁸.

La libertad contractual implica elegir: a) el tipo de contrato. Típico o atípico y b) las cláusulas, es decir, el contenido del contrato.

Esta libertad se encuentra recogida en el artículo 1354^o de Código Civil al disponer: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. La libertad se encuentra limitada por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil al sancionar con nulidad el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres y por el artículo 154, cuando el contenido del contrato atente contra norma legal de carácter imperativo. “Mediante el ejercicio de esta libertad, las partes acuerdan libremente como va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses, que buscan satisfacer mediante la conclusión del

⁴⁷ LEYVA SAAVEDRA, José, *Autonomía Privada y Contrato*. 2010-2011, Págs. 271. (Ubicado el 20X 2015). Obtenido en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12.+Doctrina+Nacional++Jos%C3%A9+Leyva+Saavedra.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc>.

⁴⁸ BETANCOURT, Julio Cesar. *Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*. 2012. Pág. 2 (Ubicado el 1.XI 2015) Obtenido en: http://www.indret.com/pdf/898_es.pdf.

mismo. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre si la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar⁴⁹.

1.2.4. EL CONTRATO MERCANTIL

Para GARRIGUES, “los actos mercantiles más importantes y más frecuentes son los que engendran obligaciones. Por esta razón el Derecho Mercantil es preponderantemente un Derecho de Obligaciones, las cuales no solo dominan el ámbito del Derecho Mercantil, si no el sector entero de la contratación privada. La razón es que en la práctica, el número de contratos puramente Civiles es reducidísimo⁵⁰.

Conforme pasa el tiempo y con el desarrollo económico moderno, el paradigma de la “mística del mercado” pierde fuerza en base a la atribución de un mayor peso a las consideración del contratante como persona. En efecto, “el riesgo de la valoración del individuo exclusivamente en clave mercantilista, lleva a una relectura del derecho de los contratos que tiende a la recuperación del principio de justicia conmutativa. El sistema de normas a medida del “*homo economicus*”, cede al modelo de *homo sociologicus*, puesto que el contrato no es más visto como vicisitud en las que las partes son portadoras de pretensiones contrapuestas, sino al contrario, como una forma de cooperación⁵¹.

El contrato mercantil ha de concebirse como acto profesional del empresario, y partiendo de esta idea se ponen de relieve dos aspectos importantes: En primer lugar que no es necesario reconducir el contrato al ámbito exclusivo del comercio y del comerciante, sino que ha de ser integrado en el ejercicio profesional de una actividad económica (comercio, industria, servicio). Y en segundo lugar, que el contrato mercantil como expresión genuina del tráfico de mercado es una de las instituciones más permeables a las nuevas ideas y a los cambios de sistemas económicos. Dichos cambios no solo han acarreado la aparición de nuevas figura jurídicas que exigen un tratamiento específico, si no que han efectuado a la propia estructura del contrato, generándose un conjunto de normas

⁴⁹ LARGO TABORDA, Adriana, *Op. Cit.*, Pág. 27.

⁵⁰ Cfr. GARRIGUES, Joaquín. *Op. Cit.*, Pág.4.

⁵¹ BENÍTEZ CAORSI, Juan, *Op. Cit.*, Pág. 100.

imperativas cuya finalidad no es otra que la de proteger a la parte con posición más débil en el contrato⁵².

Son fuentes de las obligaciones mercantiles el contrato, la ley, el enriquecimiento ilegítimo, la declaración unilateral de voluntad, la responsabilidad objetiva, la gestión de negocios y actos ilícitos; en cierta ocasiones, además, la costumbre⁵³.

Los contratos mercantiles generan obligaciones mercantiles que en defecto de un sistema peculiar y completo de normas propias aparecen sometidas a las disposiciones generales del Código Civil.

Los distintivos del contrato mercantil son la calidad mercantil, que hace referencia al mercader, a la mercancía (que son los bienes o servicios) y el comercio. CONTARINO firma que “la calidad mercantil de un contrato, puede determinarse por la relación de la calidad de las partes, la función de negociación, cuya causa y fin es la actividad mercantil, el estatuto jurídico y la actividad jurídica a la cual forma parte el comerciante”⁵⁴.

Si reconocemos que el progreso económico ha utilizado desde siempre el contrato como instrumento de desenvolvimiento, se puede señalar que la evolución social ha generado el nacimiento de nuevos tipos contractuales modificatoria de los actuales, por lo tanto se hace cada vez más necesaria la regulación rápida y concisa de estas nuevas formas contractuales; concluyendo que “el Derecho Mercantil gobierna el mundo del lucro que requiere de la rapidez comercial; de manera tal que las características esenciales de los contratos mercantiles resultan ser la onerosidad y consensual⁵⁵”.

⁵² URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aureliano y Otros, *Op. Cit.*, Pág.518.

⁵³ DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, Octava Edición, Ciudad de México, IURE Editores, S.A. 2004, Pág.12.

⁵⁴Cfr. CONTARINO, Silvia, Cit. TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda, *Fundamentos Jurídicos y Doctrinarios sobre la autonomía del Contrato de Management en Guatemala*. Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Universidad San Carlos de Guatemala, 2013.Pág. 19.

⁵⁵ ALVAREZ DIDYME-DOME, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 40.

1.2.4.1. CONTRATO MERCANTIL Y CONTRATO CIVIL

El contrato es un concepto central en el Derecho Civil, de modo que debe ser tomado en cuenta, no solo en las relaciones jurídicas obligacionales, sino también en las relaciones personales, familiares o reales. Su presencia no se agota en el ámbito privado, ya que con la misma fuerza se manifiesta en los vínculos patrimoniales de Derecho Público. Por lo cual el contrato se proyecta sobre cualquier actividad económica emprendida⁵⁶.

Y aunque es un tanto inexistente para nuestra regulación los contratos mercantiles, es de suma importancia marcar una pauta de diferenciación entre contrato mercantil y contrato civil, ya que de acuerdo a nuestra legislación la gran mayoría de los contratos mercantiles están tipificados como contratos civiles.

En los regímenes legales con Derecho Privado diferenciado, reconoce al Derecho Común como fuente supletoria de las leyes mercantiles, por en ellos la teoría general de las obligaciones civiles cumple el mismo desempeño respecto de las obligaciones mercantiles⁵⁷.

La clasificación de los contratos mercantiles y civiles, parte de las cláusulas de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada tipo contractual, en la aplicación o en la voluntad de las partes, estas estipulaciones son específicas según sus códigos, así como sus características y a la reglas contractuales establecidas por las partes, siempre que sean lícitas y admisibles⁵⁸.

La explicación histórica de la autonomía del Derecho Mercantil permite entender los principios generales que siempre han sido considerados como sus características, y que constituyen la base de su diferenciación respecto del derecho civil, su relación con el mercado, la preocupación por facilitar la circulación de los bienes y servicios son aspectos que ponen de resalto que el derecho mercantil, como derecho de la circulación de bienes y servicios en masa, tiene necesidad de una regulación más adecuada, debiéndose tener en cuenta,

⁵⁶ BENÍTEZ CAORSI, Juan, *Op. Cit.*, Pág. 34.

⁵⁷ DIAZ BRAVO, Arturo, *Op, Cit.*, Pág.4.

⁵⁸ HERNANDEZ PALOMO, Jennifer María, *La importancia de una recopilación de los nuevos contratos atípicos mercantiles*, Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Universidad San Carlos de Guatemala, 2009. Pág. 20.

además, la predominante consideración de los negocios celebrados profesional y sistemáticamente, y proveer, a tales efectos, una adecuada organización, la atención puesta al desarrollo del crédito y a la mayor tutela del acreedor⁵⁹.

Los principios generales de contratación son similares tanto en los contratos Mercantiles como Civiles, teniendo en cuenta que ambos se rigen por la Autonomía de la voluntad, la relatividad contractual que para lo terceros se aplica según los efectos, la obligatoriedad contractual por la cual surge la eficiencia y eficacia del contrato, la responsabilidad contractual la cual reviste de garantías al contrato, la libertad contractual y la libertad de formas contractuales, la igualdad de los contratantes cuya protección del contratante débil está planteada en la legislación⁶⁰.

1.2.5. LÍMITES DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

La autonomía contractual es entendida como el poder de los particulares que permite delimitar la esfera de libertad efectiva para contratar. De esta manera, para MERINO ACUÑA el contenido de la autonomía contractual está constituido por dos derechos: Por un lado, el derecho a contratar, libertad de contratar, libertad de conclusión o como lo llamara en adelante, el derecho a la elección; y por otro, el derecho a la autorregulación, libertad contractual, libertad de configuración interna, o como lo llamaré en adelante, derecho a la regulación⁶¹.

La teoría clásica de los límites de la autonomía contractual, entiende que el Estado debe encargarse de la limitación de la autonomía privada, limitación que tendrá diversas intensidades de acuerdo a la naturaleza del poder estatal. Así, las limitaciones serán evidentemente distintas en un Estado liberal o en un Estado socialista.

Los tres tipos de límites que el ordenamiento jurídico del Estado prevé son: la norma imperativa, el orden público y las buenas costumbres. “Las normas imperativas son los dispositivos de obligatorio cumplimiento, mientras el orden

⁵⁹ M. FARINA, Juan, *Op. Cit.*, Pág. 25.

⁶⁰ ALVAREZ DIDYME-DOME, Manuel, *Op. Cit.*, Pág.48.

⁶¹ MERINO ACUÑA, Roger Arturo, *Los Límites de la Autonomía Contractual en el Capitalismo del Mercado Global*, Págs. 393-394 (Ubicado el 14.X 2015). Obtenido en http://www.academia.edu/1079655/Los_l%C3%ADmites_de_la_autonom%C3%ADa_contractual_en_el_capitalismo_del_mercado_global.

público está constituido por el conjunto de directrices que fundamentan el orden constitucional e imponen al Estado la actuación de dichos principios fundamentales. Las buenas costumbres, en esencia, pertenecen al ámbito de la regulación extra estatal, sin embargo, desde que el ordenamiento del Estado lo reconoce, se enmarca dentro del clásico esquema de límites de la autonomía contractual⁶².

La autorregulación de los intereses de las partes se encuentra limitada por los elementos esenciales del contrato, que quedan sustraídos a la modificación por la voluntad de las partes; el Orden Público (licitud del objeto de las obligaciones contractuales), y la naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato en particular, que no puede ser desvirtuada por acuerdo de los contratantes (simulación, actos de defraudación).⁶³

GUTIÉRREZ CAMACHO, señala que la razón jurídica para poner límites a las libertades del derecho, es la necesaria la convivencia de varios principios constitucionales, que recogen distintos valores que la sociedad considera se deben preservar para la existencia de un equilibrio normativo idóneo, por lo tanto se puede considerar como límites de la libertad de contratación a los grupos contractuales conformados por Contratos de servicios públicos, los reglados, los masivos, forzosos, operaciones contractuales que afecten a la libertad de contratación, los casos de monopolio, posición de dominio en el mercado, las condiciones generales o cláusulas de contratación, entre otros⁶⁴.

Los límites de la autonomía de la voluntad son fluctuantes, porque tanto el concepto de orden Público como la comprensión de lo moral o inmoral, son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De ahí la importancia que asume la autoridad judicial como interprete o portavoz de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época⁶⁵.

⁶² SCHLESINGER, Piero, *La autonomía privada y sus límites*, en *Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal*, Traducción de Leysser L. León, Editada por la Asociación Civil Taller de Derecho, 2002, Lima, Pág. 108.

⁶³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, Ciudad de México. Fondo Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, Pág. 168.

⁶⁴ Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, "*La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo*" Vol. I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, Pág. 852.

⁶⁵ LASTRA LASTRA, José Manuel, *Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo*. (Ubicado 11XI 2015). Obtenido en:

Existen también modelos alternativos de límites de la autonomía contractual, tal como indica GUIDO ALPA, que vendrían a ser: la “Autonomía y Autocontrol” donde la ausencia normativa deja la actuación de los particulares a contratar de acuerdo a sus principios, los mismos que se rigen bajo ciertos parámetros de conducta, la “Autonomía y Heterocontrol” donde se observa la negociación privada de grandes empresas, la “Heteronormación y Autocontrol” donde se señala la disciplina de la actividad profesional que está regulada por las normas civiles pero que así vez tiene códigos deontológicos, y la “Heteronormación y Heterocontrol” en el cual se encontrarían la protección al consumidor en general⁶⁶.

1.2.6. RÉGIMEN LEGAL

El Art. 1354. Del Código Civil Peruano de 1984 reconoce el principio de autonomía de la voluntad al establecer que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no contravengan a la ley”. La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción, la pluralidad de las personas presupone pluralidad de voluntades. Estas voluntades deben ser mantenidas fuera del foro interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse si no que deben expresarse y exteriorizarse⁶⁷.

Los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos no pueden contravenir otros Derechos Fundamentales, puesto que por un lado el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como libertad absoluta⁶⁸.

Con el transcurrir del tiempo, el principio de autonomía contractual, aplicado sin traba alguna, empezó a encontrar en sí mismo su propio germen de destrucción. La libertad jurídica, al verse enfrentada a una desigualdad económica, provocó el abuso de la contratación. El Estado concibió que no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/5/dtr/dtr4.pdf>.

⁶⁶ MERINO ACUÑA, Roger Arturo, *Op. Cit.*, Pág.396.

⁶⁷ YOVERA LEÓN, Jenny Marilú, *Op. Cit.*, Págs. 52-53.

⁶⁸ STC. del Tribunal Constitucional Peruano del 24 DE Marzo del 2014, Expediente N° 0858-2003-AA. Fundamento 22.

relaciones, lo que había ocasionado este abuso y decidió intervenir más de cerca en la relación contractual para intentar equilibrar las posiciones, estrechando así el desarrollo de la autonomía privada.

La obligatoriedad de los contratos, expresa que se puede entender de dos maneras diferentes, como acto jurídico que crea obligaciones, para distinguirlo de otros actos jurídicos plurilaterales (convenciones) que crean relaciones jurídicas o derechos de otra naturaleza (familiares, reales); o como generador de un efecto obligatorio (atadura). Esta segunda acepción es la que contempla el Art. 1361 del Código Civil Peruano de 1984, que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos⁶⁹.

⁶⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos, *Op. Cit.* Pág. 150.

CAPÍTULO II

2. SISTEMA DE CONTRATACIÓN DE MANAGEMENT

El desarrollo del Sistema de contratación bajo los parámetros de la figura contractual del Management está enfocado en ámbitos estructurales-organizativos sobre actividades económicas y corporativas empresariales, teniendo como base la planificación, organización, dirección, coordinación y control de actividades estratégicas para un óptimo desempeño dentro de una determinada actividad comercial.

2.1. ANTECEDENTES

El Management tiene su nacimiento en el sistema del Common Law justificando su existencia en la importancia de la descentralización de las actividades de la empresa, para poder así delegar la capacidad de gestión administrativa y control de calidad, no perdiendo de vista los objetivos a corto y mediano alcance de acuerdo a la actividad que se realice.

Como actividad económica en la teoría de la administración de negocios según diversos autores es difícil precisar en qué siglo comenzó a desarrollarse, teniendo como referencia finales del Siglo XIX, bajo la concepción de que es “el arte de hacer las cosas a través de la personas”, unificado con los cinco elementos de administración (la planificación, organización, dirección, coordinación y control), dando como consecuencia que dichas postulaciones de la Administración de Empresas permitan en sede jurídica la formación de una figura contractual, construyendo de esa manera el contrato de Management⁷⁰.

⁷⁰ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 30.

En este sentido el contrato de Management encuentra sus orígenes en la tendencia hacia la descentralización de actividades, celebrando contratos en un inicio con la categoría de *governance management* o *management agreement*, siendo uno de los primeros los realizados por el condado de King Country en EE.UU. donde se delegó la capacidad de gestión de sus oficinas de salud pública (administrando todos los hospitales y programas sanitarios) a la Universidad de Washington mediante un acuerdo firmado en 1967, por lo tanto lo que esta figura permite, es que cualquier tipo de empresa o entidad pública pueda solicitar los servicios de administradores especializados, sean personas naturales o personas jurídicas, encargándose de la gerencia corporativa de forma parcial o completa; criterio que también abrió paso al Contrato de Outsourcing ⁷¹.

El surgimiento de las actividades empresariales-económicas como el Management se desenvuelve en momentos de crisis, cuando algunas organizaciones se apresuran a tomar medidas radicales para reducir gastos, siendo decisiones no muy sensatas que puedan afectar la salud en conjunto de las organizaciones, debilitándolas corporativa y financieramente.

Según FERNÁNDEZ-GALIANO⁷², se crea el sistema de Management para poder tener un soporte frente situaciones de dirección económica no gratas dentro de una organización, por lo cual se centra su desarrollo en medir los gastos superfluos y las inversiones que permitirán la recuperación (supervivencia) de la empresa en un plazo determinado, sin dejar de lado el capital humano.

En América Latina la tendencia a la utilización del sistema de Management tiene que ver fundamentalmente con la globalización de una serie de prácticas de gestión, lideradas por empresas transnacionales que implican el manejo americano de los negocios. Para VARELA las teorías organizacionales son fundamentalmente vistas como espacios de análisis respecto de la naturaleza de las organizaciones y de sus condiciones objetivas, así se considera que en la

⁷¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. *El Management como herramienta contractual para la organización de la empresa*, Pág. 5 (Ubicado el 1.III 2016). Obtenido en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/el%20management.pdf>.

⁷² Cfr. FERNÁNDEZ-GALIANO, Blanca. "Formación en Tiempos de Crisis. Reflexiones para Organizaciones Inteligentes" en *El Management del Siglo XXI. Reflexiones sobre el Pensamiento de Javier Fernández Aguado*. Vol. I, Madrid, Editorial BrandSmith, 2012, Págs. 33-34.

medida en que se entiende cómo funcionan las organizaciones, y se crean modelos de gestión validados científicamente y rigurosamente, los directivos aprenden, bien sea por su apropiación en el trabajo de dichos saberes, o porque los reciban de algún programa de mejoramiento y cualificación del tipo Master of Business Administration “MBA”, a cómo ser más eficientes⁷³.

2.2. EL CONTRATO DE MANAGEMENT

2.2.1. DEFINICIÓN

De acuerdo al Oxford English Dictionary, la palabra Management proviene del verbo Manage que, a su vez, fue tomado de la voz italiana maneggiare (“manejar”) y el mismo que proviene del latín manus (“mano”). Lo anterior, en combinación con los términos francófonos mesnagement o ménagement, influenció en el desarrollo del vocablo inglés management durante los siglos XVII y XVIII, el cual desde ya se diferencia de los contratos de mandato, gestión de negocios y locación de servicios, puesto que el contrato de Management alude al poder de administrar una empresa, el que supone labores de liderazgo con atribuciones de control⁷⁴.

El vocablo Management, dentro de varias acepciones que tiene en el idioma inglés, significa “administración”, “gerencia”, “gestión”. De modo que la figura contractual adquiere mayor difusión en los Estados Unidos y en los países miembros de la Unión Europea, por lo cual adquiere en una traducción común a nuestro idioma la denominación de “Contrato de administración” o “contrato de gestión gerencial”⁷⁵.

De acuerdo a lo antes mencionado, para OBIOL ANAYA⁷⁶, podemos definir al Management como una especie de contrato de prestación, debido a que su naturaleza misma indica que para su existencia una empresa especializada en gestión gerencial recibe de otra un poder de índole contractual para administrarla total o parcialmente en materia de la toma de decisiones gerenciales, sabiendo

⁷³ VALERA, Edgar. “*Management Estratégico*” y su influjo en América Latina – Una visión crítica desde las ciencias sociales, Revista Universidad EAFIT, N° 126, Abr-Jun 2002, Pág. 9.

⁷⁴ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 1.

⁷⁵ BRAVO MELGAR, Sidney. *Contratos Atípicos e innominados*, Lima, Editorial Ediciones Legales Iberoamericanas E.I.R.L. 2003, Pág. 341.

⁷⁶ OBIOL ANAYA, Erik F. *Contratos Mercantiles*, Chiclayo, Ediciones Grijley, 2016. Pág. 297.

que dichas decisiones pueden darse en el ámbito de una gerencia general o de una gerencia o área específica dentro de la empresa.

Según FARINA, una parte es una sociedad especializada en la prestación de servicios gerenciales (permítasenos el neologismo), la cual recibe de una empresa (generalmente una sociedad anónima) las facultades para administrar sus negocios, conforme a lo que se convenga con el órgano de administración de esta última. Este fenómeno comenzó observándose en la práctica societaria en las uniones de empresas o grupos económicos como una tendencia hacia la mayor concentración del grupo, mediante la administración centralizada de todos los integrantes, a través de una sociedad de Management controlada, a su vez, por la sociedad cabeza del grupo⁷⁷.

Las sociedades que adoptan el Management, desarrollan una actividad de consultoría gerencial, o de gestión en sentido estricto, ya sea viendo temas de productividad laboral o actividades meramente de Marketing, por lo cual se sostiene un régimen de exclusividad a favor de las sociedades de grupo.

Aunque si se tiende a una especialización el régimen de proyección para el uso de esta forma contractual también aumenta, pudiéndose usar como base a una sociedad especializada en este tipo de actividades que preste sus servicios a otras empresas, en todas las áreas de la administración o en alguna de ellas, de acuerdo a lo que pacten las partes interesadas.

2.2.2. OBJETIVOS

Dentro de la nueva organización se implementara la creación de una nueva estructura directiva (organización unívoca en funciones, competencias y responsabilidades), fortaleciendo las posiciones regionales del mercado mediante la configuración de unidades organizativas flexibles, orientadas hacia las futuras líneas de negocio de la empresa, implementando la creación de las condiciones organizativas para lograr prestaciones con mejores resultado económicos⁷⁸.

⁷⁷ FARINA, Juan. *Op. Cit.*, Pág. 711.

⁷⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *Casos Prácticos de Management Estratégico*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A. 1996, Pág.95.

Cabe resaltar que el centrarse en metas esenciales para la empresa, grupo o unidad organizativa, forma parte del carácter obligatorio del contrato de Management, ya que condiciona el subordinamiento de distintas áreas con la finalidad de obtener resultados idóneos que mejoren el rendimiento tanto económico como estructural de la organización, por lo tanto dichas metas deberán estar acorde al Core Business o Giro de Negocio de la empresa, ya que se debe brindar las condiciones necesarias para la obtención de dichos objetivos, teniendo una sólida administración gerencial.

La asignación jerárquica de las metas determinara que los objetivos supremos que se encuentran en el nivel de Grupo Nuclear deberán estar enfocados a adecuarse con la filosofía empresarial, más abstracta y estable con el pasar del tiempo, los objetivos empresariales corresponderán al nivel de Alta dirección, el cual vera el sistema político-Administrativo, atendiendo a la globalidad de la empresa y la coyuntura comercial, los objetivos administrativos serán vistos en el nivel de Direcciones de división con unas determinadas funciones y competencias gerenciales que verán los resultado específicos del subsistema, por último los objetivos operativos de nivel de unidades organizativas intermedias velara por la asignación de funciones concretas⁷⁹.

2.2.3. NATURALEZA JURÍDICA

El Management, como contrato, proviene del Derecho anglosajón, específicamente del denominado Contract Law, donde caben solamente las convenciones de carácter patrimonial (contractual), fundamentadas en la libertad de las partes de efectuarse su manifestación de voluntad tanto para contratar como como para fijar las clausulas previas a las cuales pactan siempre y cuando no vulneren el Derecho Común, el Derecho de los Contratos o alguna ley. Estamos, ante un contrato empresarial de organización corporativa que procura delegar la gestión empresarial del negocio en su totalidad⁸⁰.

Se desenvuelve cuando una sociedad se encarga del cobro de créditos del manejo de clientes, de brindar asistencia técnica, administrativa, contable, jurídica, a otra sociedad, a cambio de una retribución básicamente, su función

⁷⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *Op. Cit.*, Pág. 105.

⁸⁰ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 6.

es que una sociedad encarga a otra, el control y administración de su sociedad, pagando un precio, siendo un contrato de servicios profesionales que responde a una estrategia de contratación corporativa⁸¹. El cliente contrata un servicio de gestión de los procesos constructivos que se desarrollarán mediante estrategias de ejecución que regularan la actividad interna de la empresa elaborada por una sociedad especializada.

En el Ordenamiento Jurídico Peruano en lo concerniente a la naturaleza jurídica del contrato de Management, no existe una posición uniforme en la Doctrina, por ende señalamos que se trata de un contrato de Derecho Privado, así mismo es un contrato atípico, en vista de que no existe una norma jurídica propia (general o especial) que la regule, por ende se tendrá que acudir a normas supletorias en concordancia con la autonomía de voluntad de las partes, por lo cual ellas dispondrán de las cláusulas de contratación que más se adecuen a sus intereses, siempre y cuando no contravengan nuestro Ordenamiento Jurídico, ni vaya en contra de los usos y costumbres⁸².

El contrato de Management puede servir como instrumento de contratación y de dominio, en general se celebra por razones organizativas, de racionalización económica, de escalas, cuando una empresa quiere integrarse a una organización más vasta, pero preservando su capacidad de generar sus propias utilidades y la autonomía de su patrimonio.

Se ha de tener en cuenta que la naturaleza de este contrato podría limitar la libertad de decisión de los integrantes del órgano administrativo de la sociedad en favor de un grupo de personas ajenas a la sociedad (por las potestades contractuales que se le otorga al Manager), siendo acertada una observación que supone que al ser suscrito el contrato por los socios, implicaría una modificación de la estructura orgánica de la sociedad, otorgando facultades a un órgano distinto del constituido en su origen. Ante lo cual la doctrina señala que si bien se reemplaza un órgano natural de la administración, este contrato es válido siempre y cuando no exista un conflicto de intereses con la sociedad, y

⁸¹ HERNANDEZ PALOMO, Jennifer María. *Op. Cit.*, Pág. 23.

⁸² BRAVO MELGAR, Sidney. *Op. Cit.*, Pág. 336.

que no afecte los haberes y derechos de los socios⁸³, protegiendo de esta manera la estructura de la sociedad.

Igualmente se indica que convenidas las atribuciones al Manager, los otros órganos jerárquicos administrativos (Directorio, junta de accionistas, etc.) no pueden convertirse en meras figuras decorativas, sin toma de decisiones, sujetas a instrucciones que emitan terceros en materias que son de competencia exclusiva de dichos órganos corporativos.

Para lo cual es necesaria una limitación contractual para impedir que estos órganos se convierta en meros mecanismos para emitir formalmente las decisiones que se toman por otras vías, ya que la aplicación del Contrato de Management no elimina a estos órganos de la estructura orgánica de la sociedad, solo subordina sus facultades ante un ente especializado.

Asimismo se debe entender que con el contrato de Management se busca innovar en la administración de empresas, al ser utilizado como una estrategia para aumentar los niveles de desarrollo operativo, repotenciando las distintas áreas en las cuales se ejerce dominio, mejorando el control de calidad.

Tal como señala HAMEL se indaga “en diversas practicas poco ortodoxas para estar a la vanguardia en el mundo más competitivo, donde las políticas del mercado favorecen al surgimiento de nuevas formas contractuales que agilicen y perfeccionen el funcionamiento corporativo, buscando un mejor manejo del talento del personal (recurso humano), la asignación de capitales, el desarrollo de estrategias que miden el desempeño de los organismos productores de la empresa, asegurando así la motivación de los gerentes líderes y trabajadores por igual, implementando actitudes que puedan movilizar y organizar el esfuerzo humano en los años por venir, con compromisos a corto y largo plazo”⁸⁴.

⁸³ FARINA, Juan. *Op. Cit.*, Pág. 713.

⁸⁴ HAMEL, Gary y BREEN, Bill. *El Futuro de la Administración*, Traducido por Adriana de Hassan, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2008. Pág. 3.

2.2.4. CARACTERÍSTICAS

Según BRAVO, se podrán atribuir al contrato de Management las siguientes características⁸⁵:

a) ONEROSIDAD

En virtud de las prestaciones de las partes contratantes son pasibles de evaluación económica, al tener un carácter pecuniario, obteniendo ambas partes ventajas económicas recíprocas, conforme lo establezca el contrato.

Por las utilidades generadas a favor de la empresa gerenciada, la empresa gerenciante recibe una retribución pactada que puede establecerse como una comisión fija o porcentual. Siendo este un mecanismo de incentivo adicional para el Manager de la empresa, al lograr los objetivos establecidos.

b) CONTRATO PRINCIPAL

Es un contrato trascendental, puesto que para existir no depende de otros contratos, por ende esto lo configura en un contrato autónomo.

Su autonomía revela que este contrato suele venir acompañado de otras formas contractuales (otros contratos accesorios), como la licencia de uso de la marca, el Franchising o Know-how que la empresa gerenciante celebra a favor de la empresa gerenciada⁸⁶.

Asimismo los diversos contratos de Marketing, contratación de personal, uso de recursos, a disposición del Manager (gerenciante) que firma para lograr beneficios económicos en favor de su subordinado (empresa gerenciada). Por lo general la existencia de estos contratos queda a disposición del Manager, salvaguardando los intereses de la sociedad de grupo.

c) CARÁCTER AD-HOC

El contrato de Management está dirigido a un objeto específico, adecuado a una finalidad.

⁸⁵ BRAVO MELGAR, Sídney. *Op. Cit.*, Págs. 337-338.

⁸⁶ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 47.

Para poder lograr el objetivo, ambas partes contractuales deben estar enfocados a una causa en común, debiendo implementar en la empresa una visión a futuro, con valores declarados en pro de buscar el cumplimiento del contrato, construyendo un orden habitual en la comunidad⁸⁷.

d) CONSENSUAL

En esta modalidad contractual prepondera el consenso entre las partes contratantes en lo que concierne al objeto y fines del contrato: lo citado significa que el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes.

Ante la existencia de accionistas, las decisiones se toman en base a la mayoría, pero al tratar de que el contrato mercantil de Management no afecte la seguridad jurídica de los socios, al ceder funciones administrativas a una persona jurídica distinta, se deberá tener en cuenta que para celebrarlo, este no deberá trasgredir los intereses de los socios o de la misma empresa.

e) CONMUTATIVO

Desde el mismo momento de la suscripción del contrato las partes ya conocen con claridad cuáles son las obligaciones y derechos que enmarcan, ello significa que saben ciertamente cuales son los beneficios que percibirán.

Continuamente se estará buscando mejoras significativas con el Core Business de la empresa gestionada, utilizando a fin contratos del marketing empresarial, enfocados a buscar mayor presencia en el mercado, transparencia en la organización empresarial y la transferencia de riesgo.

f) ATÍPICO

El contrato de Management a pesar de ser un contrato atípico, se regula bajo el principio filosófico de la Buena fe, que consiste en proporcionar certeza jurídica que se cumplirán los acuerdos planteados en el contrato, siendo esta ley entre las partes.

⁸⁷ MARISTANY, Jaime y GONZALES BAÑOS, Manuel, *Manejando la Crisis. Relación entre los medios y la empresa*. Buenos Aires, Layetana Ediciones, 1998. Pág. 63.

El contrato en mención no cuenta con una normatividad propia que la regule, sin embargo esto no es obstáculo para que este contrato se patentice en nuestro país, puesto que se tendrá que acudir a normas supletorias tales como las fijadas en la sección primera del Libro VII del Código Civil de 1984, así como los usos y costumbres comerciales; cabe igualmente recordar que en esta modalidad contractual prima la autonomía de la voluntad de las partes, ello significa que los contratantes podrán estipular las cláusulas que más convengan, siempre y cuando no contravengan a normas de carácter general.

g) INNOMINADO

No cuenta con una denominación única que lo defina. No estando previstos en ninguna norma establecida en el Código Civil, ni en norma especial, sin embargo su estructura contractual no debe estar apartada de los elementos de validez reconocidos en los demás contratos.

h) DURACIÓN TEMPORAL

Las prestaciones no se ejecutan instantáneamente, si no que se extienden en el tiempo (Tracto sucesivo) para cumplir las actividades de gestión.

La periodicidad nos indica que la empresa está obligada a conseguir los resultados en determinado tiempo, con un margen de error mínimo, buscando el éxito, la eficiencia en el desarrollo de sus actividades, comprometido con el cumplimiento del contrato a cabalidad.

i) PRESTACIONES RECIPROCAS

La empresa gerenciente y la empresa gerenciada deberán cumplir, cada cual, con sus prestaciones a favor de la otra. El incumplimiento conllevará a un litigio a menos que haya estipulado algún otro mecanismo de solución de conflictos (conciliación, arbitraje, etc.).

j) PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad jurídica es, en consecuencia, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles⁸⁸.

Contrato de Management proporciona a las partes una certeza jurídica de su compromiso, que abarca desde la comprensión de elementos aparentemente sencillos pero fundamentales, como los son las denominaciones sin las que se llamaran a lo largo del proceso de administración, hasta la posible consideración de todos aquellos aspectos que puedan surgir de la implementación de ese proceso, con la necesidad de la formación de un contrato que sirva de herramienta no solo jurídica, porque presupone la existencia de la relación jurídica, sino también la existencia de un acuerdo económico⁸⁹.

k) VINCULANTE

Tanto la empresa gerenciente como la empresa gerenciada establecen indirectamente entre ellas una vinculación empresarial, debido al control que una ejerce sobre la otra, mutuamente: la empresa gerenciente controla a la empresa gerenciada porque administra su Core Business (y procura que se cumplan sus directrices) mientras que la empresa gerenciada controla a la empresa gerenciente porque la contrató precisamente para que administre dicho Core Business (y aguarda resultados de éxito)⁹⁰. No obstante, ambas conservan su autonomía jurídica puesto que se trata de personas jurídicas independientes desde la perspectiva del Derecho.

l) SERVICIO PROFESIONAL

La consultoría de empresas puede ser una ocupación de tiempo completo o parcial, pero en todos los casos proporciona conocimientos teóricos y técnicas profesionales que sirven para resolver problemas prácticos de gestión.

⁸⁸ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel y FUENTES PONCE DE LEÓN, Alejandro. *Diccionario Jurídico*. Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., 2007. Pág.303.

⁸⁹ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 80.

⁹⁰ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 10.

Se han de trabajar en circunstancias muy diferentes, los consultores aprenden a discernir las tendencias generales y las causas comunes de los problemas, lo cual les permite encontrar una solución apropiada; aprenden a afrontar nuevos retos y a tener en cuenta nuevas oportunidades. Los profesionales empleados por las empresas de consultoría pueden aprovechar la experiencia de sus colegas que han trabajado con otros clientes y utilizar los conocimientos prácticos acumulados de toda la empresa. Además, los consultores profesionales se mantienen constantemente al día de todo lo que se publica sobre la evolución de las teorías, los conceptos, los métodos y los sistemas relacionados con la gestión empresarial⁹¹.

m) DE RESULTADO

La empresa que da los servicios de Management suele estar obligada a conseguir los resultados de éxito a los que se comprometió en el contrato. Siendo cláusula de resolución contractual el no haber logrado lo estipulado en su contrato, indistintamente si tiene responsabilidad o no.

2.2.5. PARTES CONTRACTUALES

Para TORRES SANTOS, las partes que intervienen en el contrato de Management, por un lado son la empresa cliente comúnmente denominada gerenciada o subordinada y, por otro lado, la empresa que presta el servicio comúnmente denominada gerenciante o Manager⁹².

Analizando como base lo antes mencionado podemos identificar a las partes contractuales como Managers y Subordinado. Teniendo en cuenta que ambas partes de este contrato son Personas Jurídicas. La parte contratante dedicada a la prestación de servicios administrativos, y la otra parte formada por una sociedad ofreciendo facultades especiales a la primera. Con la finalidad de optimizar la eficacia del servicio o la relación comercial: cliente-proveedor.

El Management ejerce una actividad de consultoría meramente gerencial, en un régimen de exclusividad a favor de las sociedades de grupo.

⁹¹ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 47.

⁹² TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 76.

2.2.5.1. GERENCIANTE

La parte gerenciante es comúnmente denominado “manager” o “empresa gestora”, es aquel al cual la empresa gerenciada (subordinado) cede la administración de sus actividades por un determinado plazo, incluyendo el control y la dirección empresarial, donde el *core business* de la empresa gerenciada coincide con el *core business* de la empresa gerenciante, pero con el plus (valor agregado) que esta última tiene mayor experiencia en el mercado⁹³.

El Manager es quien organiza la sus mecanismo de acción y los de su equipo, no es forzosamente un superior jerárquico en la escala organizativa de la empresa. Siendo por extensión que el Manager no tiene responsabilidad por el trabajo ajeno desempeñado por los subordinados, habiendo solo cuota de compromiso en las metas trazadas y los fines por los cuales se le contrato.

Se le asignan recursos esencialmente humanos para poder activar elementos de funcionamiento y animar al grupo de personas, cumpliendo funciones de liderazgo.

Como menciona MARISTANY, en la actualidad el Manager debe contar con la capacidad de controlar la persecución de una causa común, exponiendo lo que se quiere alcanzar, analizando, discutiendo, convenciendo y aceptando las ideas que tal vez no son propias de él, sino de sus subordinados, subrayando la capacidad de exponer las cosas de tal manera que la gente se sienta entusiasmada para desarrollar lo que el Manager desea, dentro del organigrama de actividades de la empresa⁹⁴.

Siendo en esencia, el cumplimiento de estas actividades una muestra de responsabilidad operativa, ya que la renovación de su contrato y el cobro por honorarios estará sujeto a la obtención de resultados que mejores las competencias de la empresa Gerenciada.

⁹³ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 6.

⁹⁴ Cfr. MARISTANY, Jaime. *Liderazgo. ¿Qué? ¿Para qué? ¿Cómo? ¿El Futuro?*, Segunda Edición, Bueno Aires, Layetana Ediciones, 1994. Págs. 25-26.

2.2.5.2. GERENCIADO

Es propiamente la empresa gerenciada que contrata a través del Contrato de Management, delegando en ésta su administración por determinado plazo o por cumplimiento de alguna condición sobre algún proyecto o negocio en particular⁹⁵.

El subordinado es quien trabaja bajo la tutela del Manager, frecuentemente para realizar las tareas encomendadas por este último, limitándosele la actividad respecto al margen de libertad e independencia que señale el manager, de arreglo con lo establecido contractualmente como campo de acción, por lo que desarrollara las actividades que le son asignadas bajo responsabilidad.

La empresa gerenciada termina definiéndose en consecuencia con la función de relación a la dependencia del Manager, pudiendo afectar dicha relación la superioridad jerárquica o las decisiones operativas, o la autorización de decidir libremente dentro de un límite pre-establecido.

Según ECHAIZ, se plantea que la empresa gerenciada (subordinado) es aquella que contrata a la empresa gerenciante (Manager), delegando en ésta su administración por determinado plazo, sin transferir *per se* ningún derecho de propiedad sobre su patrimonio, poniendo como ejemplo un “contrato de gerencia”, donde lo que existe en realidad es una venta de empresa (pudiendo darse como transferencia de acciones o transferencia del fondo empresarial) con un pacto accesorio de contrato de trabajo o contrato de locación de servicios, dependiendo de la existencia de subordinación o no entre el comprador y el vendedor de la empresa, por el cual éste se compromete a prestar sus servicios a aquel⁹⁶.

2.2.6. COMPONENTES DEL MANAGEMENT

Los procesos de Negocios en el Sistema de Management busca mejorar la eficacia y la eficiencia de los procesos de negocios alineados con la estrategia de la empresa, aportando directamente a aumentar el rendimiento del negocio de la corporación en general, planificando los objetivos estratégicos, los factores críticos de éxito y sus respectivas medidas, identificando y evaluando las

⁹⁵ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 76.

⁹⁶ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 6.

debilidades, realizando informes de seguimiento del estado de la implementación⁹⁷.

En la actualidad la administración de empresas señala que los componentes del Management se encuentran aglutinados en la Gestión de Monitoreo, siendo válido determinar individualmente dichos mecanismos.

2.2.6.1. LA DIRECCIÓN DE LA EMPRESA O DE LA UNIDAD

Consiste en plasmar los objetivos específicos coherentes con parámetros de las directrices globales para hacer progresar a la empresa.

Según FERNÁNDEZ, la dirección de personas y organizaciones se engloba en técnicas de buen gobierno, donde se deberá soslayar los obstáculos y realizar propuestas creativas y realizables, siendo clave la dirección por Hábitos, que considera fundamental que los departamentos de Recursos Humanos lleguen a convertirse en Departamentos de Desarrollo de Personas, conocer las limitaciones de los colaboradores y del entorno, lo que permitirá tomar decisiones óptimas, y por último ayudar a implementar hábitos operativos fundamentales como la prudencia, justicia, fortaleza y moderación⁹⁸.

La dirección estratégica se refiere en sí a la toma de decisiones sobre los problemas más importantes que se presenten en una organización, formulando componentes básicos de perfeccionamiento, como el ámbito o campo de actividad delimitando su relación productiva con el entorno socioeconómico del mercado, las capacidades y competencias distintas, señalando los recursos (físicos, financieros, humanos, técnicos) y las habilidades (tecnologías, organizativas, directivas) presentes y potenciales que domina la empresa, las ventajas competitivas que tiene frente a su entorno, y por último la sinergia que implica la búsqueda de la explotación de interrelaciones entre distintas

⁹⁷ HITPASS, Bernhard. *Business Process Management. Fundamentos y Conceptos de Implementación*. Tercera Edición, Santiago de Chile, Editorial BHH Ltda. 2014. Pág.42.

⁹⁸ FERNANDEZ AGUADO, Javier. *Cit. FERNÁNDEZ-GALIANO, Blanca. Op. Cit., Pág. 26.*

actividades, recursos, unidades organizativas para lograr un equilibrio entre el ámbito de la actividad, las competencias distintas y las ventajas competitivas⁹⁹.

2.2.6.2. ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

La organización es el diseño estructural, donde se establecen funciones a desempeñar y sus relaciones, la jerarquía y los niveles de autoridad y subordinación, de acuerdo con las actividades de la empresa, organizándose en un proceso a corto, mediano y largo plazo evitando desordenes.

Para URWICK, la estructura de la empresa debe estar diseñada para garantizar la supervivencia de la misma, buscando el equilibrio entre los diversos equipos y departamentos en concordancia a términos de poder y posición, los puestos de trabajo y las tareas que llevan implícitas deben estar definidas, determinando la especialización o función de cada grupo en concreto, donde el objetivo de la empresa y de sus empleados debe tener una razón primordial¹⁰⁰.

Para mantener la organización de la empresa, como una de las características esenciales del Management se deberá implementar la innovación, sea programada por medio de actividades de investigación, análisis y desarrollo de productos o servicios.

Las no programadas que tienen lugar cuando existen “fallas” en la organización, ante lo cual se buscare mayor eficiencia, evitar el riesgo e incertidumbre, una mayor comunicabilidad, incurriendo a ventajas relativas percibidas, afianzando relaciones interpersonales con cambios de política adoptadas, evitando en todo momento el uso de mecanismos complejos que no se puedan asimilar dentro de la organización¹⁰¹.

⁹⁹ DURÁN JUVÉ, Dunia y LLOPART PÉREZ, Xavier, *La Dirección y El Control Estratégico: Su Aplicación en los Recursos Humanos*. 1999, Págs. 4-6. (Ubicado el 23VI 2016). Obtenido en: [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/13220/3/Fundamentos%20\(Parte%20primera\).pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/13220/3/Fundamentos%20(Parte%20primera).pdf).

¹⁰⁰ URWICK, Lyndall, Cit. MCGRATH James y BATES Bob. *El Pequeño libro de las grandes Teorías del Management*. Barcelona, Editorial Alienta, 2013. Pág. 22.

¹⁰¹ HALL, Richard. *Organización, Estructura y Proceso*. Tercera Edición, Madrid, Editorial DOSSAT S.A. 1996 Págs. 207-208.

2.2.6.3. ASIGNACIÓN DE RECURSOS

Los recursos no son únicamente financieros, también existen recursos humanos, tiempo, energía, competencia, materiales, maquina, métodos, moneda, mercados.

Una recomendación latente en la utilización de recursos, es buscar maximizar la eficacia de la empresa, bien aumentando los ingresos, bien disminuyendo los costos, o por una combinación de ambos, para aumentar la eficacia, aumentando los recursos generados que el mercado proporciona y/o bajar los incentivos que hay que asignar a los productores, ya que el mercado en condiciones normales aumentara sus recursos siempre y cuando reciba los productos y servicios que se adecuen a sus necesidades, por lo tanto es función esencial del Manager concertar el buen uso de la asignación de recursos conforme lo amerite el mercado¹⁰².

La asignación de recursos permite llevar a cabo un seguimiento del trabajo realizado por el personal y el equipamiento asignado a las tareas, asegurar una buena descripción y comprensión de las actividades, con responsabilidades claras, disminuyendo el riesgo de que una tarea pase por alto, aumentado la flexibilidad en la planificación de cómo y cuándo terminar las actividades, permitiendo observar que recursos están siendo sobre-asignados y cuales están infrautilizados¹⁰³.

2.2.6.4. CONTROL

Permite regular, prever y anticipar cualquier mal funcionamiento que puede darse en la empresa. Consiste en examinar una situación y saber dónde aplicar las acciones correctas.

En el contrato de Management existe una delegación expresa del control por parte de la empresa gerenciada a favor de la empresa gerenciante, siendo este consustancial, empero ello no significa de modo alguno que la empresa

¹⁰² FERREYRO, P. y ALCAZAR, M. *Gobierno de Personas en la Empresa*, Piura, Editorial UDEP, 2001. Pág. 117.

¹⁰³ COLTELL, Óscar y CHALMETA, Ricardo. *Asignación de Recursos y Costes con MS Project*. 2005, Pág. 3. (Ubicado el 23VI 2016). Obtenido en: <http://www.vc.ehu.es/jiwotvim/ISOFT2008-2009/Practicas/Bloquell/PGSI-p3p4ejemplo.pdf>.

gerenciada renuncie a su labor de monitoreo (facultad de fiscalización), más aún cuando mantiene la responsabilidad por sus actos, ni que carezca de la posibilidad de oponerse a las decisiones gerenciales que adopte la empresa gerenciante y que resulten atentatorias a los intereses de la empresa gerenciada¹⁰⁴.

El ámbito de control está compuesto por las políticas, instrucciones administrativas, reglamentación interna y procesos estandarizados adoptados por la administración de la empresa, con el propósito de garantizar la eficacia, eficiencia de las operaciones, protegiendo y asegurando los recursos, mejorando permanentemente la gestión con mecanismos de evaluación (que supervisaran la medición del rendimiento), destacando actividades realizadas por la función de auditoría interna y externa, que evaluaran dicho funcionamiento.

Los eventos y fuerzas incontrolables que afectan a las organizaciones, son parte del conjunto de restricciones que enfrentan de forma unitaria la empresa. Siendo importante para nuestro análisis, el saber que dichas restricciones no pueden manipularse, se trata de condiciones a las cuales deben adaptarse las organizaciones al manejar objetivos constituyentes y estructuras de tiempo, teniendo preparado mecanismos de soporte frente a riesgos¹⁰⁵.

2.2.6.5. PLANIFICACIÓN

Consiste en determinar un plan que abarque la descripción de las fases o etapas necesarias para alcanzar los objetivos previamente definidos.

Se establece la estructuración de un plan que pueda delimitar las metas a corto y largo plazo, disponiendo de herramientas que puedan soportar de forma adecuada las gestiones desarrolladas por el Manager. Siendo el mercado quien dispone de una serie de soluciones a las empresas que permiten aumentar la eficacia de su gestión, integrando los departamentos de la empresa y unificando la información. De este modo, se podrá obtener la información necesaria para la

¹⁰⁴ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 25.

¹⁰⁵ HALL, Richard. *Op. Cit.*, Pág. 297.

tomar decisiones en función a la situación real de un determinado proyecto, principalmente en lo que conlleva a afrontar un determinado grado de riesgo¹⁰⁶.

La planificación constituye siempre un mero instrumento para la dirección y nunca el fin en sí, ya que significa la etapa de preparación de la decisión tomada por el ente administrativo, no debiendo llevar a un centralismos, debiendo extenderse por el contrario a todas la etapas jerárquicas de una empresa, disponiendo de un sistema unificado e informado, no siendo suficiente la planificación pragmática, no siendo esporádica sino permanente. Ante lo cual las grandes organizaciones deberán encomendar las funciones de planificación a un servicio staff especializado, lo que conllevaría a la idea de la aplicabilidad viable del Contrato de Management¹⁰⁷.

2.2.6.6. LA ACTIVACIÓN

Consiste en dar vida y energía a la empresa, su objetivo es combatir la rutina permitiendo la innovación y la anticipación hacia diferentes situaciones.

El desarrollo del sistema de Management busca aplicar técnicas de manejo de situaciones, donde el liderazgo y la capacidad motivacional juegan un papel importante en el desenvolvimiento de las actividades del personal, aplicando técnicas para el proceso en los distintos tipos de cambios propios del mercado.

Dentro del sistema del Management, para lograr una activación empresarial, las funciones de liderazgo son asumidas por el Manager, con respaldo de sus subalternos, mediante mecanismos que suponen la consideración de los subordinados, ya que el líder considerar las necesidades y preferencias del personal a su disposición, centrado en el trato del recurso humano, la toma de decisiones deberá ser consultada, propiciando la participación y democratización en los procesos decisorios (dejando de lado la unilateralidad), salvaguardando

¹⁰⁶ CAAMAÑO, J. Eduardo. *Project Management Práctico. Técnicas, Herramientas y Documentos*. Madrid, Editorial Círculo Rojo, 2011. Pág. 22.

¹⁰⁷ GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago. *La Función de la Planificación Empresarial dentro del Sistema de Objetivos y de Decisión de la Empresa*.1990. Pág. 211. (Ubicado el 22VI 2016).
Obtenido en:
http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6677/funcion_garcia_POLITICA_1975.pdf?sequence=1.

la supervisión general, dando libertad de comportamiento discrecional en su trabajo, evitando controles rígidos y una supervisión estrecha¹⁰⁸.

2.2.6.7. ANIMACIÓN

Al realizarse el reparto de actividades y responsabilidades, los responsables tienen la actividad de animar y fomentar el interés por el trabajo y una preocupación por la calidad y eficacia.

Asimismo se efectuara progresivamente técnicas de mejora continua, que son propias del Proceso de Management, como el “Six Sigma” que es una metodología que busca diseñar y gestionar los procesos de tal forma que los resultados tengan una mínima variación y mejore su rendimiento promedio sin errores, el “Kaizen” que es una filosofía de gestión japonesa de calidad donde se aplican desde pequeñas mejoras incrementales a mejoras estratégicas drásticas, el “Lean Management” que busca la calidad, limita el despilfarro, genera flexibilidad (variedad de productos sin sacrificar eficiencia) y mantener una relación a largo plazo con los proveedores tomando acuerdos para compartir el riesgo, y por último el “Benchmarking” que es un proceso para medir la calidad de los productos y servicios o el desempeño de los procesos relacionados con lo que se desea medir mejorando la competitividad¹⁰⁹.

2.2.7. DERECHO Y OBLIGACIONES

Si bien la empresa gerencia es aquella que contrata el Management, delegando en esta su administración por determinado plazo o por cumplimiento de alguna condición estipulada en las cláusulas del contrato sobre algún proyecto o negocio en particular, es importante señalar los principales derecho y obligaciones de ambas partes contractuales.

Los principales derechos de la empresa cliente o gerenciada (Subordinada) son: Definir claramente el objeto del Management. Supervisar a la empresa gerenciante mediante auditorias, sin interferir en su poder de control y dirección. Mantener la propiedad de los bienes encargados a la empresa Manager. Percibir utilidades al final del ejercicio económico o de forma periódica. Prescindir de los

¹⁰⁸ HALL, Richard. *Op. Cit.*, Pág. 161.

¹⁰⁹ HITPASS, Bernhard. *Op. Cit.*, Págs. 57-60

servicios de la empresa gerenciante cuando medie causa justificada por incumplimiento contractual.

Exigir la confidencialidad de la empresa gerenciante respecto a la información corporativa proporcionada a ésta. Solicitar información periódica de la estrategia del negocio a la empresa gerenciante, sin que esto cree una relación de subordinación. Obtener los resultados “de éxito” en los términos y plazos pactados. Participar de las decisiones de la empresa gerenciante, desde los órganos de gobierno de la empresa gerenciada¹¹⁰.

Siendo las principales obligaciones de la empresa gerenciada:

- Determinar los alcances de las actividades delegadas que realizará la empresa gerenciante.
- Proporcionar la información necesaria a la empresa gerenciante para el cumplimiento de su prestación.
- Asumir las responsabilidades que, por ley, le correspondan.
- Delegar las facultades de control necesarias para el ejercicio de la gestión.
- Aprobar las decisiones de gestión realizadas por la empresa gerenciante en tanto sean de carácter lícito y no atente contra el interés de la empresa gerenciada.
- Retribuir a la empresa gerenciada, incluyendo el pago de regalías, de ser el caso.
- Depositar el fondo de maniobra, cuando corresponda.

Asimismo, para el maestro ECHAIZ MORENO¹¹¹ los principales derechos de la empresa gerenciante (Manager) son:

- Gozar de autonomía jurídica, económica y administrativa.
- Asumir el manejo financiero y administrativo de la empresa gerenciada.
- No subordinarse a la dirección de la empresa gerenciada.
- Realizar su actividad empresarial sin exclusividad, salvo que se pacte.
- Ejercer las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de la empresa gerenciada.

¹¹⁰ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Págs. 91-92.

¹¹¹ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 8.

- Recibir la información necesaria de la empresa gerenciada para el cumplimiento de su prestación.
- Percibir una retribución y, de ser el caso, las correspondientes regalías

Finalmente, las principales obligaciones del Manager son:

El utilizar su nombre comercial, realizando actividades de acuerdo a su *know-how* y *expertise*, contratando personal capacitado para la realización del gerenciamiento, pagando las remuneraciones del personal encargado del gerenciamiento, restructurando y/o creando planes o manuales de procesos de gestión, incluyendo los planes de expansión a niveles local o global.

Asimismo responsabilizarse por la pérdida de bienes o documentos de la empresa Gerenciada, presentando informes periódicos, logrando los resultados en los términos pactados, asumiendo el riesgo de dichos resultados, recomendando el destino de las utilidades obtenidas, diseñando la estrategia de *marketing* empresarial y escogiéndote tecnologías de información globales¹¹².

2.2.8. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA DE MANAGEMENT

I. VENTAJAS DEL MANAGEMENT

- a. Servicio Consultivo.- La consultoría es esencialmente un servicio de asesoramiento. Esto significa que los consultores no se contratan (con algunas excepciones) que darían organizaciones o adopten decisiones delicadas en nombre de la dirección. No tienen ninguna facultad directa para decidir cambios y aplicarlos. De lo único que responden es de la calidad e integridad de su asesoramiento¹¹³. En este sentido, los clientes asumen toda la responsabilidad que se derive de la aplicación de sus consejos.

Existen múltiples variantes y grados de asesoría. Aunque las habilidades del consultor estriban no sólo en dar el manejo correcto, sino en darlo de manera adecuada, a la persona debida y en el momento oportuno. Así, el

¹¹² ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 9.

¹¹³ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 48.

arte del consultor consiste principalmente en que se hagan las cosas cuando no se está a cargo o se es responsable de los resultados.

- b. Mejoramiento en el Manejo de la Empresa.- El Management es un instrumento para dirigir las empresas contando con características de aplicabilidad en la práctica, como que permite comparar resultados (ejecución real/ ejecución planeada), desarrollando operaciones que sean claras (comprensibles), mensurables (siempre que sea posible) suponiendo un reto ambicioso pero alcanzable, los directivos responsables de los resultados serán evaluados en condición a su participación (negociar) así como su compromiso para la ejecución¹¹⁴.
- c. Alcanzar la excelencia en la gestión.- Se centra en que el cliente es el objetivo de la actividad empresarial, por ello todo en cuanto se refiera a las necesidades y requerimientos de los consumidores potenciales de la organización debe constituir un elemento básico de su estrategia y de su gestión. La actividad deberá girar en “el cliente y lo que este desea, como lo desea, en la cantidad que lo desea y en el momento que lo desea”, trazando objetivos externos como la valoración que hace el cliente por un servicio específico¹¹⁵.
- d. Mejoras significativas en el Core Business.- En el Contrato de Management solo se delegan la actividad central que constituye el objeto de la empresa, bajo las condiciones que el Manager tiene mayor experiencia en esa actividad empresarial¹¹⁶.
- e. Mejorar la presencia en el mercado.- Se utilizaran estrategias de Marketing y Benchmarking para acentuar más su impacto.

¹¹⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *Op. Cit.*, Pág. 104.

¹¹⁵ CUATRECASAS ARBÓS, Lluís, *Lean Management. La gestión competitiva por excelencia.* Barcelona, Editorial PROFIT, 2010. Pág. 21.

¹¹⁶ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 12.

II. DESVENTAJAS DEL MANAGEMENT

Se podría mencionar que existen pocas desventajas que proporciona este tipo contractual, de las cuales hemos identificado las siguientes:

- a. Limita el grado de participación de los subordinados en las decisiones que toma el Manager, al existir una relación dominante-dominado.
- b. Exime de responsabilidad al Manager, a pesar de no haber logrado los resultados obtenidos por la aplicación de su estrategia de trabajo.
- c. A pesar de no encontrarse responsabilidad por los malos resultados, puede resolverse el contrato, al no haber logrado los objetivos esperados, ya que esta modalidad contractual se basa en la experiencia y especialización en determinada área, para determinar con quien se contrata.
- d. Al asumir las funciones de gestión administrativa, se corre el riesgo de desactivar órganos administrativos jerárquicos (Directorio), el cual solo delegara funciones temporalmente, mientras dure el contrato.

2.3. TIPOS DE CONTRATOS DE MANAGEMENT PRIVADO

La evolución del Sistema Management da origen a nuevas formas contractuales de acuerdo a su ámbito de aplicación. Dentro de las cuales tenemos en concordancia con la tipificación moderna los siguientes:

2.3.1. COMMUNITY MANAGER

Su función radicaría en el mejoramiento de la comunicación corporativa, utilizando vías de acceso online, para generar vínculos idóneos entre la Marca o producto y el consumidor final.

Con la expansión del mercado vía online, y la entrada de muchas empresas a ese mercado competitivo, se vio necesario efectuar nuevas formas de comunicación a través de sitios webs, donde los Community Managers o

gestores de comunidad, que son moderadores de comunidades online se perfilan con funciones corporativas.

El Community Manager es el responsable de sostener (acrecentar en cierta forma) y defender la relaciones de la empresa con sus clientes en ámbito digital, gracias al conocimiento de las necesidades y los planteamientos estratégicos de la organización y los intereses del cliente. Teniendo la función de representación de la presencia vía online, debiendo adquirir conocimientos sectoriales, gestionar acciones de la comunicación, promoción y Marketing de los que representa, atendiendo a los usuarios de grupos, creando contenido apropiado para las plataformas sociales y tener un plan de respaldo frente a alguna crisis¹¹⁷.

Actualmente este modelo de actividad de difusión empresarial va tomando un importante impulso en el mercado competitivo que tiene como media la plataforma online, ante lo cual la realización del servicio de Community Manager requiere cierto grado de conocimiento en el diseño de webs y el control de gestores de contenido.

2.3.2. NEW PUBLIC MANAGEMENT

Se enfoca en modernizar el Sector Público con la creación de una administración eficiente y eficaz, es decir, una administración que satisfaga las necesidades reales de los ciudadanos al menor coste posible, favoreciendo para ello la introducción de mecanismos de competencia que permitan la elección de los usuarios y a su vez promuevan el desarrollo de servicios de mayor calidad. Todo ello rodeado de sistemas de control que otorguen una plena transparencia de los procesos, planes y resultados, para que por un lado, perfeccionen el sistema de elección, y, por otro, favorezcan la participación ciudadana.

Teniendo la finalidad de encargar a la empresa privada todas las facultades de administración de determinada área de Gestión Pública, pero nunca delegando la facultad de administración gubernamental.

¹¹⁷ RIOS GAMARRA, Delia y ESCUDERO SAN MARTIN, Carmen. *Propuesta de Implementación de la función del Community Manager para mejorar la comunicación corporativa de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Comunicación. Lambayeque, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. 2014. Pág.81.

El New Public Management es un modelo Neo-gestionario contemporáneo, con base en el Sistema Post-Burocrático Gubernamental Anglosajón, que subraya los atributos empresariales bajo la noción de gobierno emprendedor en el sector privado, buscando su implementación en el sector público, consistiendo en un movimiento de reforma del sector público, basado en el mercado como modelo de relación política y administrativa, cuyo sustento doctrinario está fundamentado en la opción pública, la teoría del agente principal, la gerencia de calidad total y la economía de costos de transacción.

Todo en marco de un burocracia Pública paralizada, inmóvil y sin fuerzas para avanzar, siendo latente aquí un problema de gestión, pues la Administración Pública es incapaz de continuar sus labores. Por lo que la propuesta central del modelo de gestión radica en hacer de implementación los propósitos de una "buena" administración gerencial", luego de desechar un modelo de "mala" administración burocrática, eliminando la desconexión entre principios y resultados, observable bajo el modelo burocrático¹¹⁸.

De tal manera el New Public Management o Nueva Gerencia Pública, es un paradigma empresarial de manejo privado, cuyo destinatario es el Estado. Siendo este manejo enfocado a disminuir o revertir el crecimiento del gobierno con miras a su privatización, poniendo énfasis en la subsidiariedad de la provisión de los servicios Públicos, orientada al desarrollo de la automatización en la producción y distribución en la producción y distribución de servicios Públicos, particularmente tecnología informática, así como al desarrollo de una agenda internacional enfocada en los temas generales de la gerencia Pública, los estilos de decisión y la cooperación internacional, ya que es el sector privado quien tendrá el control activo, visible y discrecional sobre las organizaciones administrativas¹¹⁹.

En el New Public Management, se establece un modelo estadístico factible donde se analizan las fuentes de información disponibles y se operatividad de las variables a utilizar, siendo uno de estas los servicios públicos sujetos a ley,

¹¹⁸ GUERRERO, Omar. *Nuevos Modelos de Gestión Pública*. 2001, Pág. 2. (Ubicado el 9VI 2016). Obtenido en: <http://www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/>.

¹¹⁹ GUERRERO, Omar, *El mito del Nuevo "Management" Público*. 2006, Págs. 10-11. (Ubicado el 10 VI 2016) Obtenido en: <http://www.ses.unam.mx/cursos2007/pdf/Guerrero2004.pdf>.

ante los cual se utilizaran: instrumentos de evaluación de desempeño donde se medirá el ejercicio alcanzado por la dependencias del gobierno, cambios en el servicio civil, la efectividad del gasto de los servicios públicos buscando valorar los efectos externos de las reformas, entendiendo por efectividad como el grado donde se cumplió con los objetivos esperados de una intervención y la efectividad del gasto de los servicios públicos, mediante la utilización de los recursos disponibles en relación a la inversión pública con la finalidad de proveer bienes y servicios a la ciudadanía¹²⁰.

El énfasis puesto en La Nueva Gestión Pública es la incorporación de las herramientas de gestión empresarial tiene su justificación central en la necesidad de recrear en el ámbito público condiciones similares a las del funcionamiento de los mercados. En efecto, la mayor parte de las tecnologías sugeridas aparecen como respuestas creadas y desarrolladas por el sector privado frente a las exigencias del mercado, y obedecen a preocupaciones tales como la tasa de rentabilidad, la obtención de resultados, los costos, las inversiones, el grado de competitividad, la orientación al cliente y la preocupación por la eficiencia, en tanto criterios que empresarios y gerentes deben constantemente promover y desarrollar para asegurar la adaptación de sus organizaciones a los entornos cada vez más competitivos¹²¹.

2.3.3. MANAGEMENT HOTELERO

El Management Hotelero o Contrato de Gestión Hotelera, ha sido contrato de mayor difusión y evolución dentro del tráfico comercial, siendo un contrato con la finalidad de difusión Turística.

Las características esenciales de este tipo contractual son que la empresa gerenciente asume la propiedad de algún activo de la empresa gerenciada, generalmente se hace referencia a edificaciones o a determinados terrenos, y

¹²⁰ MORALES CASETTI, Marjorie, *Nueva Gestión Pública en Chile: Orígenes y Efectos*. 2014, Págs. 12-13. (Ubicado el 09 VI 2016). Obtenido en: http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2014/09/04_vol_34_2.pdf.

¹²¹ LÓPEZ, Andrea, *La Nueva Gestión Pública: Algunas Precisiones para su Abordaje Conceptual*. 2002, Pág. 11. (Ubicado el 22VI 2016) Obtenido en: http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento_estragico/docs/biblioteca_y_enlaces/ng_pfinal.PDF.

asimismo la empresa gerenciente cuenta con algún porcentaje de participación en el capital de la empresa gerencia, convirtiéndose aquel en matriz de esta¹²².

Dentro del Management de Gestión Hotelera, se ve la utilización de una estrategia propia de este tipo de Management, que es el Revenue Management, que es el proceso de entender, anticipar e influenciar el comportamiento de los huéspedes con el objetivo de maximizar los ingresos de un recurso fijo y perecedero como los son las habitaciones de hotel; por lo cual se establecen procedimientos y objetivos claros entre los distintos órganos de la administración hotelera sujetos a subordinación por el Contrato de Management, donde las decisiones se determinaran teniendo en cuenta a los clientes, los precios e inventarios, eventos, historia, competencias, distribución y sistemas que ofrece el establecimiento¹²³.

Por lo tanto es el Revenue Management la base de la gestión comercial hotelera, ya que se enfoca en la optimización de las decisiones comerciales en base a la ley de la oferta y la demanda, con planteamiento estratégico y una sólida aplicación progresiva, maximizando ingresos y márgenes permitiendo mayor eficacia en ventas e ingresos.

2.3.4. MANAGEMENT DEPORTIVO

El contrato de Management Deportivo nace con el fenómeno económico deportivo contemporáneo, ya que se genera la necesidad de un manejo especializado en transacciones comerciales ligadas a este mercado, ya sea por parte de las instituciones deportivas, dirigentes deportivos, organizadores de eventos, Managers, deportistas, Gerentes Deportivos, directores deportivos y afines a este sector, buscando así un nivel de conocimiento multidisciplinario que les otorgue las herramientas para la correcta y eficaz administración por parte de todo aquel que quiera lograr su inserción en la dirigencia deportiva o mejorar los niveles de asesoramiento profesional a las instituciones deportivas y jugadores profesionales.

¹²² ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 14.

¹²³ PRATS PLANAGUMÁ, Lluís y GUIA JULVE, Jaume, *Gestión de Precios en un Sistema de Revenue Management Hotelero en Línea*, 2012, Págs. 5-7. (Ubicado el 15VI 2016). Obtenido en: http://www.pasosonline.org/Publicados/10512/PS0512_06.pdf.

En este tipo de Management, toma mayor relevancia la explotación del patrocinio, la gestión de la marca y la rentabilidad de las inversiones en el sector deportivo.

El Management Deportivo busca adquirir los conocimientos necesarios para realizar labores de dirección y gestión de instalaciones deportivas, afrontar la organización de eventos deportivos, así como estrategias de Marketing digital más adecuadas para ello, conocer las herramientas necesarias para una correcta gestión de personal dentro de una institución deportiva formar a personal cualificado con las capacidades humanas y empresariales imprescindibles en el sector del deporte, adentrándose en la realización de cálculos nominales, liquidaciones y contratos de trabajo de los empleados¹²⁴.

La gestión en el Contrato de Management Deportivo debe contar con una organización profesionalizada, que ayuda a tomar las decisiones, no pensando en el corto plazo, sino elaborando una estrategia que aporte rentabilidad a la organización con programas de largo alcance.

Para ECHAIZ MORENO, las estrategias utilizadas en el Contrato de Management Deportivo, proyectadas o aprobadas, van desde la gestión del fútbol profesional, con la cesión a la entidad gerenciante (persona jurídica por lo general, representativa de un grupo financiero) del manejo de toda esa actividad, incluyendo los llamados derechos federativos (en rigor, patrimoniales) sobre los jugadores y la explotación del *merchandising*, hasta una simple concesión de la imagen institucional con fines comerciales (Marketing). Ofreciendo una salida para la crítica situación financiera por la que atraviesa la mayoría de instituciones deportivas, muchas de las cuales han llegado al actual estado de insolvencia financiera o de quiebra¹²⁵.

También se utilizan dentro del Contrato de Management Deportivo, el Sponsorship, o Contrato de Patrocinio, siendo este un contrato accesorio con la finalidad de apoyar algún evento o actividad, de alguna persona u organización

¹²⁴ INESEM BUSINESS SCHOOL, *Master en Gestión Deportiva – Sport Management*. 2012, Pág. 5. (Ubicado el 09VI 2016) Obtenido en: <http://www.euroinnova.edu.es/Master-Gestion-Deportiva-Sport-Management.pdf>.

¹²⁵ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 16.

a cambio de una contribución económica pactada, impactando en el público consumidor al utilizar de manera idónea la Marca y la propensión a la compra.

2.3.5. MUSIC MANAGEMENT

Forma contractual, mediante el cual el artista y el Manager forman una relación jurídicamente, a fin de una representación en la industria musical.

Dentro de las partes contractuales, el Manager tiene las obligaciones de utilizar sus esfuerzos razonables para avanzar y promover la carrera del artista, desarrollando actividades dentro de la industria de la música o el entretenimiento, asesorando y consultando con el artista respecto de la recaudación de ingresos y realización de gastos, como también en el cumplimiento de los pagos, ofreciendo un crítica constructivas en forma periódica al desarrollo de las actividades del artista, como también conseguir medios por los cual promocionar las actividades que realiza su representado, usando métodos de marketing en favor del artista, ya que conforme le vaya bien en las actividades que realice el subordinado, le ira mejor al Manager. Asimismo el artista o representado, deberá aceptar las decisiones tomadas por el Manager, en menester de un crecimiento económico y profesional de su carrera¹²⁶.

El Music Management es unos de los tipos de Management más utilizados a nivel mundial, ya que se desarrolla en un mercado próspero y en constante cambio, por lo cual el Manager deberá utilizar métodos y estrategias más acordes con el revolucionario mercado de la música, innovándose y rediseñando el camino del éxito de la carrera del artista que asesora, siendo una de las estrategias el uso de Benchmarking, el cual es un proceso mediante el cual se recopila información y se obtienen nuevas ideas, mediante la comparación de aspectos de tu empresa con los líderes o los competidores más fuertes del mercado, poniendo en marco comparativo los métodos usados por otros e implementarlos de manera sostenible en la organización que se asesora.

¹²⁶ GRAMAJO CASTRO, Juan Pablo. *El Contrato de Representación Musical o Music Management en Guatemala*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Universidad San Carlos de Guatemala, 2015. Págs. 71-72.

Según SCHERMERHORN¹²⁷ indica que existen otros niveles de Management:

- a. Los Management medios: Supervisan el trabajo de grandes departamentos o divisiones de una organización.
- b. Los Management líderes de equipo o supervisores: Son responsables ante los gerentes medios y supervisan directamente las operaciones de los trabajadores que no ocupan cargos administrativos.
- c. Los Management supervisores de línea: Contribuyen directamente a la producción de los bienes o servicios de las empresas.
- d. Los Management a nivel Staff: Emplean sus aptitudes técnicas especiales para asesorar y respaldar a los trabajadores de línea.
- e. Los Management funcionales: Son responsables de una sola área de actividad, tal como finanzas, mercadotecnia, producción, personal, contabilidad o ventas.
- f. Los Management generales: Son responsables de Actividades complejas que comprenden muchas áreas funcionales.

2.4. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS

Existe cierta similitud entre el Contrato de Management con otras formas contractuales, siendo a veces difícil saber cuándo estamos frente a este tipo de contrato, por lo cual se procederá a marcar una diferenciación más idónea, que ayude a identificarlo de otros cuerpos contractuales.

2.4.1. CONTRATO DE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA (GERENCIAL) Y CONTRATO DE MANAGEMENT

En el contrato de asistencia administrativa, llamada también gerencial, la sociedad que presta este servicio debería limitarse a suministrar conocimientos técnicos y formular un conjunto de apreciaciones y consejos que el órgano de administración de la sociedad comitente utilizará como instrumento para un ejercicio más eficaz de la función administrativa, a sabiendas que el objetivo concreto perseguido mediante estos contratos es lograr la concentración, la racionalización y la profesionalidad de las funciones gerenciales, por lo común,

¹²⁷ SCHERMERHORN, John Cit. TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 47-48.

en los hechos la sociedad de asistencia administrativa termina sustituyendo a los órganos de la sociedad comitente, antes que limitarse a una función de auxilio técnico.

Como dice MONTALENTI¹²⁸ una actividad continuada de consejo sobre las decisiones gerenciales, totalizadora y altamente profesionalizada se traduce en una actividad de gestión de empresa:

La circunstancia señalada precedentemente es una consecuencia, pero no el objeto del contrato de asistencia administrativa, lo cual nos conduce a la necesidad de lograr un concepto más claro del contrato de Management propiamente dicho, pues en éste se superan los límites de la asistencia gerencial (Management assistancé) y se configura de manera inequívoca un contrato de gestión, en cuya virtud la sociedad de servicios gerenciales no se limita a prestaciones consistentes en consejos en materia de gestión, sino que se obliga a desenvolver la actividad de conducción empresaria en sentido propio.

Por ello se impone la necesidad de regular la subdivisión de poderes entre la Junta de gerentes de la sociedad asistida y el de la sociedad de Management, y ha de quedar claro que esta última actuará dentro de las líneas estratégicas adoptadas por el órgano de administración (el directorio en el caso de una sociedad anónima), pues la competencia general permanece en él, que conserva la titularidad de todos los poderes que no han sido expresamente delegados a la sociedad de Management.

Con respecto a las facultades delegadas, el órgano de administración de la sociedad no se exonera de la responsabilidad que le cabe. Aunque naturalmente, la sociedad de Management no responde por las obligaciones de la sociedad comitente.

¹²⁸ FARINA, Juan. *Op. Cit.*, Págs. 714-715.

2.4.2. CONTRATO DE GESTIÓN COMÚN Y CONTRATO DE MANAGEMENT

Los contratos de Gestión Común, son aquellos contratos mediante el cual dos o más sociedades, por lo general perteneciente a un grupo, acuerdan sujetarse a una dirección administrativa y gerencial única confiada a un “chef executive officer” o a un Management común.

La peculiaridad de este tipo de contratos consiste en que la función gerencial no se transfiere a una sociedad, sino a personas físicas, las cuales pueden también ser miembros del Management de una de las sociedades estipulantes. En este sentido, la diferencia estriba en que la funciones y atribuciones de la empresa cliente en ningún momento se traslada al profesional, debido a que solo se incluyen atribuciones o funciones donde la administración de la sociedad puede actuar en colaboración de un profesional externo¹²⁹.

2.4.3. CONTRATO DE OUTSORCING Y CONTRATO DE MANAGEMENT

El Outsourcing es un contrato de tercerización o externalización de actividades, siendo un proceso económico en el que una empresa toma fondos destinados a la ejecución de determinada tarea y se los entrega a una empresa distinta y externa especializada en esa actividad que se encargara de ejecutar estas tareas, teniendo como principal meta la centralización en las actividades propias de la empresa, la entrega de tareas colaterales a empresas externas, reducción de costos, riesgo, manejo de activos y de personal directo¹³⁰.

Partiendo de esta definición ambos contratos son de servicios administrativos, donde se cede ante un tercero ajeno a la organización determinada área de la empresa.

El Contrato de Management se diferencia del Contrato de Outsourcing (a pesar que, en el lenguaje anglosajón, muchas veces se utilicen indistintamente ambas expresiones) por una cuestión de alcance: en el Contrato de Outsourcing, una empresa cliente encarga al Outsourcer la prestación de servicios especializados,

¹²⁹ TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Op. Cit.*, Pág. 64.

¹³⁰ MARTÍNEZ GÓMEZ, Osvaldo. *Outsourcing*. 2012. Págs. 3-4. (Ubicado el 22VI 2016) Obtenido en: http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAP/AGAP/MODULOIV/semana5/GestiondeLasAdquisicionesSemana5/Ejemplo%20Trabajo%20de%20Adquisiciones%20Tema%20Outsourcing_2012%20PDF.pdf.

en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su Core Business, pero esos servicios especializados son actividades accesorias, más no su actividad principal; en cambio, en el contrato de Management lo que la empresa gerenciada encarga a la empresa gerenciante es la administración especializada de su Core Business, esto es, su actividad principal¹³¹.

Siendo esta la única diferenciación específica, ya que su ámbito de aplicación varía, al ser el Management solo aplicable al Área de Gestión Administrativa Gerencia (Principal), y el Outsourcing a áreas accesorias, no gerenciales.

2.4.4. CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO DE MANAGEMENT

El contrato de Locación de Servicios es un contrato típico, regulado en el Código Civil Peruano de 1984, en su Art. 1764, siendo un contrato orientado al trabajo no subordinado del locador o prestador, sea por cierto tiempo o para un trabajo determinado, siendo la onerosidad una nota tipificada, donde la energía humana al servicio de los demás se presta mediante una labor que tiene contenido material e intelectual, primando uno sobre el otro y así recíprocamente¹³².

El Contrato de Management se diferencia del Contrato de Locación de Servicios porque, si bien supone la prestación de un servicio, la empresa gerenciante está comprometida a un resultado (de éxito, cuantificable), asumiendo funciones específicas de administración dentro de la organización corporativa de la empresa gerenciada¹³³. Igualmente la característica de subordinación es otra diferencia a resaltar.

2.5. EL CONTRATO DE MANAGEMENT EN EL SISTEMA EMPRESARIAL PERUANO

En la legislación Peruana (como en otros países), el contrato de Management no se encuentra tipificado en una norma de carácter general o especial, por cual es un contrato atípico, celebrado en virtud al Principio de Libertad Contractual,

¹³¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 18.

¹³² ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984 - Contratos Nominados*. Tomo II, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2011. Pág. 449.

¹³³ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 17.

siendo un contrato de amplia difusión y uso inmediato en las actividades de carácter administrativo estructural organizativo de una empresa.

Asimismo en la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) en su Art. 193, se habla de una Designación de una Persona Jurídica, mencionando textualmente que: “Cuando se designe gerente a una persona jurídica, ésta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a ésta.”

Por lo cual la norma en cuestión, nos habla sobre la posibilidad de realizar el contrato de Management, al brindar la pre disponibilidad para designar como gerente de una empresa a una Persona Jurídica distinta de la misma, salvaguardando los casos del Director de la Empresa, cuyo cargo de acuerdo al Art. 160 de la Ley General de Sociedades solo podrá ser realizado por una Persona Natural.

2.6. EL CONTRATO DE MANAGEMENT EN EL DERECHO COMPARADO

a. REGULACIÓN ESPAÑOLA.

En el Derecho Español, el contrato de Management o gestión hotelera es el más elaborado ejemplo de entre los contratos de gestión o Management empresarial, ya que este contrato se afianza como fórmula en alza entre los operadores del sector para estructurar y diferenciar la propiedad de la gestión en el Mercado hotelero. Asimismo, permite organizar y constituir el 'know how' de la cadena hotelera como activo económico independiente y transmitirlo a los propietarios interesados son necesidad de perder el control ni la titularidad de la explotación hotelera. Por último, permite estructurar las cadenas hoteleras de forma más ágil y a unos costes inferiores¹³⁴.

Un claro ejemplo de la jurisprudencia española, en supuestos de contratos de gestión en los que el gestor no era una cadena hotelera, se ha pronunciado

¹³⁴ HOSTELSUR. *España: El Contrato de gestión se afianza como fórmula en el sector hotelero español, según expertos.* (Ubicado 24VI 2016) Obtenido en: http://www.hosteltur.com/11356_espana-contrato-gestion-se-afianza-como-formula-sector-hotelero-espanol-varios-expertos.html.

aplicando las reglas de indemnización especiales del arrendamiento de servicios. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.a, núm. 4/2008 de 3 enero (JUR 2008\333380). Hoteles Trébol Cantabria, S. A. v. Palacio de Soñanes, S. L. Ponente María José Arroyo García. Nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de servicio en que la parte actora debía gestionar el personal, realizar la gestión hotelera propiamente dicha, realizar la gestión financiera, gestión de compras y por último la gestión comercial.

El incumplimiento de la gestión comercial no se considera resolutorio. La gestión comercial era una más de las gestiones encomendadas a la entidad actora. Ahora bien, como el contrato de arrendamiento de servicio es un contrato basado en la confianza, el hecho de no haber notificado previamente a la entidad demandada, produjo la pérdida de confianza y el desistimiento unilateral del contrato.

b. PAÍSES DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN

En Países como Nueva Zelanda, Australia, El Reino Unido, Estados Unidos, Suecia, Canadá y en menor medida Francia, el uso del Management es de uso frecuente, ya que es su lugar de origen.

Teniendo una particularidad de que el Contrato de Management no solo regula el ámbito del Derecho Privado, si no que gracias a las reformas institucionales democráticas, su uso es aplicable en el Sector Público, designando determinadas áreas de Administración Públicas a que puedan ser gestionadas por privados, estableciendo indicadores de performance¹³⁵. Siendo Nueva Zelanda quien ha llevado más lejos las ideas del New Public Management en la reformas del sector Público, implementando la teoría de la Agencia, estableciendo una relación entre los departamentos y el gobierno en base a contratos de compra y gran flexibilidad en sus actuaciones, adoptando presupuestos basados en resultados y con el criterio de recursos o devengo.

¹³⁵ CORTES, Josep. *Aplicación Internacional de New Public Management: Hacia un enfoque en los resultados*. Pág. 3. (Ubicado el 25VII 2016). Obtenido en: http://dea.uib.es/digitalAssets/136/136591_w2.pdf.

c. REGULACIÓN ARGENTINA

Para ECHAIZ¹³⁶, el contrato de Gerenciamiento o Management se ve reflejado en el mundo deportivo, teniendo como antecedente una ley de Fideicomiso, consumada a favor de un equipo de fútbol, considerándose el más claro ejemplo:

Puesto que con la quiebra consumada, el poder político del Estado acudió en auxilio del Racing Club mediante la Ley de Fideicomiso que posibilitó el gerenciamiento, en 2001. Desde entonces, se vendieron y negociaron a préstamo 14 jugadores por casi 24 millones de dólares, estimándose que a la empresa le quedaron alrededor de 16 millones de dólares, mientras que a la institución entraron 7 millones de dólares.

Contándose con un contrato de gerenciamiento donde se aclara que ante la venta de un jugador amateur o profesional que haya arribado a cualquier Club de fútbol Argentino le corresponderán el 80% a la empresa y el 20% al club.

2.7. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA MERCANTIL

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil del tratado no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Por el Perú, a nivel internacional ha ratificado diversos tratados que regulan la actividad mercantil, como la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil) – UNCITRAL, donde se tiene una información un poco más detallada del Management.

¹³⁶ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Op. Cit.*, Pág. 3.

CNUDMI (COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL) – UNCITRAL.

Es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. Siendo sus actividades principales: la elaboración de convenios, leyes, normas a escala mundial, preparar guías jurídicas y legislativas, actualizar jurisprudencias referentes a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación en el Derecho Interno¹³⁷.

De acuerdo a lo establecido en la información proporcionada por UNCITRAL, El Management se encuentra bajo el término de *Project Management*, que engloba una gama muy variada de servicios dirigidos a proporcionar un mayor control sobre cada una de las fases del proyecto desde su inicio hasta su ejecución final.

Aunque éstos pueden variar de un caso a otro, dependiendo de las características del proyecto en cuestión y de las necesidades concretas del cliente, cabe afirmar que el *Project Manager* asume siempre *dos funciones básicas*: por una parte, programar y gestionar el proyecto y por otra, coordinar todos los trabajos implicados en la realización de la obra *sin asumir ninguna participación en la ejecución material* de la misma.

Junto a éstas, dentro del *Project Management* quedan incluidos otros servicios como¹³⁸:

- a. Los *servicios de ingeniería* (realización de estudios de viabilidad económica, de financiación, de impacto medioambiental y/o de mercado, establecimiento de un sistema de control de mano de obra-programas-presupuesto-planos).

¹³⁷ CNUDMI. *Sobre la CNUDMI - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. (Ubicado 25VI 2016). Obtenido en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

¹³⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los Contratos Internacionales de Construcción “Llave en Mano”*, Pág. 21. (Ubicado el 24VI 2016). Obtenido en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908>.

- b. La *tramitación del proyecto* (solicitud de autorizaciones administrativas necesarias para la construcción, preparación de los documentos de licitación y, en su caso, contratación en nombre y por cuenta del cliente de los contratistas especializados, control de materiales).
- c. *Servicios de vigilancia y supervisión técnica* (valoración de los trabajos conforme a los planos, la mano de obra y los materiales, examen continuo de la calidad y cantidad de los trabajos y certificación de los mismos).
- d. De gestión de la construcción o *project construction management* (dirección de los trabajos de los contratistas, mediciones, control de materiales, protección y seguridad en el trabajo).
- e. Finalmente, también pueden proporcionarse *servicios de asistencia técnica* (formación de personal, asistencia en la puesta en funcionamiento).

CAPÍTULO III

Luego de haber desarrollado en los capítulos precedentes, la autonomía contractual en una economía social de mercado, la libertad empresarial, el sistema de contratación del Management, el contrato de Management, sus características, componentes y la naturaleza jurídica de este contrato atípico, se ha demostrado que el Contrato de Management como tal no se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico a pesar de contar con las facultades necesarias que ameriten una regulación especial.

Es en mérito de esto que en el presente capítulo se desarrollara la implementación y viabilidad del Contrato de Management, señalando cláusulas generales para su funcionamiento y eficiencia.

3. IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DE MANAGEMENT

3.1. REGULACIÓN Y UTILIZACIÓN CONTRACTUAL.

La regulación de la actividad empresarial y la utilización de contratos afines al Management, en la actualidad se vienen desarrollando de manera sistemáticas. Aunque ambas avanzan de manera distinta, ya que por un lado tenemos la regulación formal plasmada en cuerpos normativos que son materia de debate continuo, ya que en ocasiones dichas regulaciones no se encuentran acorde con la naturaleza jurídica de la materia en regulación.

Por otro lado dentro del ámbito empresarial, está la utilización de contratos modernos, que aunque no se encuentren regulados, bajo el principio de libertad contractual son permitidos. Quedando demostrado en la práctica que la empleabilidad de diversos contratos que son ajenos a nuestro sistema jurídico

son una realidad más recurrente dentro del mundo mercantil, desplegándose así como mecanismos de desarrollo económico empresarial.

Contemporáneamente la regulación de contratos modernos en diversas leyes especiales, tiene como finalidad fomentar su empleabilidad, buscando su idónea aplicación, formalizando la actividad de los privados señalando en parámetros el ejercicio de los mismos, creando un ambiente de institucionalidad jurídica contractual.

Además la regulación en el mercado halla su justificación en la gran dispersión normativa del sector, lo cual debes orientarse a un fin jurídico o interés legítimo al mismo tiempo que a la satisfacción de un interés público¹³⁹.

La iniciativa podría ser positiva si se regulara conforme a la naturaleza jurídica de cada contrato desarrollado por la doctrina, más aun si se desea introducir a nuestro ordenamiento jurídico figuras contractuales pertenecientes a otros sistemas jurídicos, que por cuestiones de mercado son de uso indispensable en la actividad que desarrollan, salvaguardando que dichos contratos no trasgredan ninguna norma de carácter imperativo.

Igualmente cabe mencionar que muchas veces las regulaciones planteadas no son las más idóneas, en virtud de que cuando se ha querido regular algunos contratos modernos, las leyes que los contienen vulneran grotescamente las figuras establecidas por la doctrina y la jurisprudencia, situación que es poco beneficiosa para la correcta utilización de dichos contratos, por lo que existen algunos doctrinarios que están en contra de la regulación, pidiendo que todos los acuerdos contractuales sean autorregulados por las partes en uso de su autonomía contractual, situación comprensible ante la mala regulación planteada por los legisladores.

Por lo que es necesario saber distinguir la naturaleza jurídica de cada contrato, siendo reconocidas por la ley como creadoras de efectos reglamentarios¹⁴⁰. Aplicándose el principio de seguridad jurídica a los contratos suscritos, a pesar

¹³⁹ CARBAJALES, MARIO. *La regulación del mercado financiero*, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006, Pág. 24.

¹⁴⁰ HERNANDEZ PALOMO, Jennifer María. *Op. Cit.* Pág. 13.

de que estos no se encuentre regulados pero que fueron suscritos dentro del plano jurisdiccional nacional.

Con la innovación en la comercialización, están surgiendo a nivel empresarial una infinidad de mecanismos de uso mercantil, que agilizan las operaciones comerciales, y que ayudan al buen funcionamiento empresarial, por lo tanto es indispensable recomendar la actualización mercantil en cuanto al uso de contratos atípicos, para que esto ayude a la expansión y estabilidad económica de quienes lo suscriben, bajo un aspecto de seguridad y certeza jurídica, que una apropiada regulación ofrece.

La regulación se da en mérito de encontrar una solidez del mercado para las transacciones comerciales, por lo que se requiere una regulación prudencial, funcional y sistemática, buscando una solidez y seguridad institucional propia de la regulación, más aun con los problemas de información asimétrica que existe en el mercado. Es por esto que la regulación deberá marcar una complementariedad en las justificaciones económicas y jurídicas, por lo que la regulación jurídica deberá tomar como base fundamental: el análisis y la experiencia económica de la regulación, para ordenarla y encausarla hacia la prosecución del interés general¹⁴¹.

Asimismo los cambios en materia económica mundial, genera diversos tipos de relaciones cambiarias jurídicas de carácter privado y público, por lo que es de suma importancia, que los agentes financieros involucrados en movimientos comerciales o mercantiles, tengan las operaciones de libre contratación claras y precisas de acuerdo a la naturaleza de los pactos que pudieran surgir.

La regulación por el Estado de determinadas actividades económicas es una práctica tenaz, ya que la regulación actúa como sustituto de la libertad del mercado, con el objetivo de mantener un equilibrio entre los intereses de los privados, las empresas y los consumidores; incrementando la transparencia de

¹⁴¹ CARBAJALES, Mariano, *Op. Cit.*, Págs.14-18.

las transacciones, manteniendo y mejorando la solvencia de las partes y por la existencia de riesgo¹⁴².

En conclusión la regulación para la adecuada utilización de contratos modernos debe ser desarrollada prudencialmente, buscando la idoneidad y efectividad que la regulación confiere, deslindándose de malas regulaciones que desvirtúan las características propias de estos contratos atípicos, que se realizan sin tomar en cuenta lo desarrollado por la doctrina, socavando lo establecido con anterioridad por agentes especializados en derecho.

Cabe señalar que no todos los contratos modernos son necesariamente regulables, debiéndose analizar cada caso en concreto para poder determinar la viabilidad de la regulación y cuáles serían los beneficios de la misma, no queriendo aglutinar nuestro ordenamiento jurídico con la sobrerregulación.

3.2. CONTRATO DE MANAGEMENT EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El modelo económico que se encuentra en la Constitución Política del Perú de 1993 nos habla de una Economía Social de Mercado, siendo este el motivo por el cual cuando hablemos de regulación formal de algún contrato moderno, tendrá que ser enfocado bajo la perspectiva del tipo de modelo económico que nos rige, ya que es el ámbito de aplicación de toda forma contractual en el Perú.

El contrato de Management está relacionado directamente con el principio de autonomía contractual, siendo este un principio reconocido universalmente dentro del derecho, que establece que las partes gozan de libertad para decidir con quién contratar, y para estipular en los contratos todos aquellos términos y condiciones (clausulas) que considere convenientes para el desarrollo de sus negociaciones y para el libre ejercicio de sus actividades, dentro de los límites que el ordenamiento jurídico les impone, y al no existir una regulación explícita dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en la actualidad se viene utilizando el contrato de Management bajo este principio.

¹⁴² PÉREZ RAMÍREZ, Jorge y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Javier, *Instrumentos Financieros, Análisis y valoración con una perspectiva bancaria y de información financiera internacional*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2006, Pág. 33.

No obstante cabría preguntar: ¿Es necesaria una legislación para volverla más eficiente al contrato de Management?, ¿Se estará limitando su utilización dentro del mercado?, ¿Se trasgrede con una regulación la real naturaleza del Contrato de Management?, ¿Es tal el estado de necesidad dentro del mercado para que el contrato de Management sea regulable?, es en razón de estas interrogantes, que las respuestas serán desarrolladas en el presente capítulo.

Resaltando que la utilización del contrato de Management, en la actualidad está sujeta al principio de libertad contractual, celebrándose en relación al control de la totalidad de la empresa, todos los gerentes dependerán del manager y recibirán órdenes de manera directa o indirecta, decisiones que deberán acatar en la medida de las atribuciones que se señalen en el contrato, incluyendo lo referente a las sanciones por el incumplimiento de dichas directrices.

3.2.1. VIABILIDAD DEL CONTRATO DE MANAGEMENT

Con el desarrollo del mercado a nivel mundial, el empresario se ha visto con la necesidad de buscar nuevas alternativas de desarrollo, que agilicen las negociaciones y que fortalezcan la estructura institucional de la entidad. Es por este motivo que se ha venido utilizando contratos modernos acordes a las necesidades económicas, financieras y jurídicas contemporáneas.

Dentro de estas necesidades es donde el Contrato de Management se desarrolla, ya que están enfocados en el fortalecimiento de los órganos administrativos de gestión subordinados a la administración gerencial, cuyo órgano es dirigido por una persona jurídica distinta del contratante. Agregando una particularidad de especialización propia de la profesionalización del servicio que se da.

Particularmente en el análisis de las decisiones económicas influye no solo la calidad y cantidad de información que se cuente, sino también la capacidad de juicio del usuario para proceder y reaccionar en el proceso de toma de decisiones¹⁴³, es en circunstancias como esta cuando la especialización que deberá tener la Persona Jurídica encargada de la Gerencia dentro del Contrato de Management toma relevancia, ya que se trata de una entidad especializada

¹⁴³ PÉREZ RAMÍREZ, Jorge y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Javier, *Op. Cit.*, Pág.93.

en la toma de decisiones, examinando en base a su profesionalización y experiencia en el mercado, la opción más beneficiosa para la entidad que lo ha contratado.

El contrato puede servir como instrumento de concentración y de dominio, en general se celebra por razones organizativas, de racionalización administrativa, de escalas, cuando una empresa quiere integrarse a una organización más amplia, pero preservando sus propias utilidades y la autonomía de su patrimonio¹⁴⁴.

Estamos frente a un contrato de gestión, cuyos beneficios están enfocados en el mejoramiento del manejo de la empresa, logrando alcanzar la excelencia en gestión, brindando servicio consultivo, cuya característica más sobresaliente es que se encomienda una tarea a otra empresa o también el otorgamiento de la facultad de dirigir o administrar algún grado de ella. En general se acuerda que una empresa se ocupara de la gestión de los negocios de una sociedad, pero actuando por cuenta, orden y a nombre de la otorgante.

Es así que podemos determinar cuál es el direccionamiento del contrato de Management dentro del sistema empresarial contemporáneo, el cual va dirigido a buscar una descentralización dentro de la administración de una empresa, lo que ha repercutido en que las corporaciones busquen de manera habitual que sean personas naturales o jurídicas especialistas en diversas materias aquellas que se encarguen de la gestión de diversas áreas de sus compañías siendo la figura del Management aquella que se ha adecuado mejor a las necesidades de estas grandes empresas de transferir ya sea de manera total o parcial las gerencias que permitan una optimización en su giro de negocio¹⁴⁵.

Podemos advertir además que para que este contrato se concrete las partes tienen que conocerse previamente, pasando por un proceso de selección. Es decir que en este tipo de contrato la negociación o las tratativas tendrán una función principal entre las partes vinculadas, ya que una de ellas toma las riendas

¹⁴⁴ FARIAS, Ernesto, Argentina: *Ponencia sobre el contrato de Management su relación con la crisis empresarial y la necesidad de su regulación*. (Ubicado 01X 2016) Obtenido en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/lomas%20de%20zamora%202004/FARIAS-MAGNAMENT.pdf>. Págs. 1-2.

¹⁴⁵ OBIOL ANAYA, Erik F. *Op. Cit.*, Pág. 298.

de la actividad empresarial de la otra, ante lo cual deberá primar la absoluta confianza sobre las potestades delegadas, y que se hará un buen uso de ellas en mérito de las cláusulas del contrato, sin extralimitarse de sus facultades, y aplicando facultades de gestión para sacar el máximo rendimiento en su función gerencial. No olvidando que los subordinados ponen mucho cuidado al momento de seleccionar al Manager, y en estipular las facultades y el ámbito de acción donde desarrollara sus actividades, buscando en ellos características de idoneidad y capacidad.

Uno de los factores más trascendentes para lograr el éxito en este ámbito es la capacidad de gerencia del Manager, pues será el quien en realidad tendrá la facultad para decidir dentro de la empresa, quien maneje a las distintas áreas que conforman la institución realizando las actividades propias de un gerente, buscando una mayor rentabilidad en su accionar.

Es en este sentido que son necesarias las habilidades propias de la capacidad gerencial, ya que se deberá administrar efectivamente los recursos que tiene a su disposición, siempre en función de mejorar o mantener la productividad tanto del área administrativa como de la empresa en su totalidad, logrando las metas de la organización¹⁴⁶.

El modelo de economía social de mercado postula que la economía la rige el mercado y otorga a los privados la facultad de realizar sus relaciones jurídicas contractuales como mejor creen convenientes, y como consecuencia de ello el Estado solo se encargara de asumir una función orientadora y reguladora de la economía, pudiendo intervenir solo cuando existen fallas en el mercado, o cuando los particulares por si mismos no logran hacer eficiente la economía, esto significa que el intervencionismo del Estado se encuentra limitado a razón del interés social y solo para buscar un equilibrio que el mercado por sí solo no ha alcanzado. Aunque si se trata de buscar un fortalecimiento a nivel orgánico dentro de las sociedades de grupo, una regulación es perfectamente viable.

¹⁴⁶ PRECIADO VANEGAS, Daniel y SUÁREZ GONZÁLES, Diana, *Habilidades Gerenciales*. 2012. Pág. 4, (Ubicado el 22XI 2016). Obtenido en: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/4572/130867.pdf?sequence=1>.

Por lo que es potestad propia del Estado el exigir los elementos necesarios para que los privados puedan escoger las mejores opciones dentro del mercado, emitiendo juicios claros y objetivos, existiendo una carga dentro de la empresa que consiste en adoptar mecanismos que permitan valorar los servicios que le son ofrecidos, escogiendo dentro de ellos los de mejor calidad y los que se adecuen a sus propias necesidades¹⁴⁷.

Si realizamos un análisis económico de la implementación del contrato de Management en nuestro ordenamiento jurídico, se podría deducir que es perfectamente viable en razón del fortalecer los órganos administrativos de gestión empresarial. Puesto que dentro de la teoría del derecho se aplican métodos propios del razonamiento jurídico de la economía. Que incluye el uso de la metodología y los conceptos propios de la ciencia económica para predecir el efecto de las normas jurídicas, con el objeto de determinar qué leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes y predecir qué medidas deberían ser promulgadas o adoptadas.

Es decir, propone la evaluación de las verdaderas consecuencias de una norma existente y asimismo el pronóstico de los posibles efectos de una norma proyectada, diseñando mejores estructuras legales, más eficientes para arribar a las intenciones deseadas, adoptando los medios que resulten más aptos para ello.

Siendo importante mencionar que al igual que cualquier tipo de contrato normativo nominado, el contrato de Management encuentra límites jurídicos propios del sistema, lo que se hace efectivo de las diversas normas del orden público y las buenas costumbres, sin embargo, ello no ha impedido que se proponga una serie de cláusulas a tener en cuenta en la redacción del contrato.

Tomando como base lo anteriormente expuesto, hay varias cuestiones a tener en cuenta, la principal es que el contrato de Management es complejo y se le pueden aplicar distintas figuras jurídicas a los fines de su regulación pero que resultan insuficientes. Se les puede aplicar analógicamente el contrato de

¹⁴⁷ ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José, *Regulación Contractual y Consumidores*, 2003, Pág. 6, (Ubicado el 30X 2016). Obtenido en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivos/EmiloJoseArchila.pdf>.

mandato o el de locación de servicio o de obra, pero a su vez estos contratos no se utilizarían en forma autónoma y exclusiva sino que van mezclados o combinados entre si y eso dificulta aún más su utilización a los fines de regular la responsabilidad de las partes y la determinación de las funciones delegadas¹⁴⁸.

Por otro lado hay que estar a las consecuencias de una posible declaración de estado de cesación de pagos por alguna de las partes contratantes y por otro lado la solidaridad dada en caso de despido directo o indirecto en caso de la prestadora del Management tuviera que despedir a alguno de sus empleados.

En virtud de estas consideraciones resulta necesario regular este contrato en forma particular, ya que tiene una vasta aplicación en todos los ámbitos, permitiendo, fomentando e incentivado la implementación de proyectos que requieran personal especializado y que la parte delegante no lo puede realizar, determinando un mejor manejo de las diversas áreas funcionales de la empresa, buscando optimizar resultados sin descuidar la calidad del servicio.

3.3. CONCORDANCIA CON LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

En el art. 193 de la Ley General de Sociedades nos plantea la facultad de la designación de una Persona Jurídica como gerente de otra Persona Jurídica distinta, mencionando textualmente que:

“Cuando se designe gerente a una Persona Jurídica, esta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a esta”¹⁴⁹.

Planteando la posibilidad de realizar el contrato de Management, al brindar la disponibilidad para designar como gerente de una empresa a una Persona Jurídica, salvaguardando los casos del Director de la Empresa, cuyo cargo solo podrá ser realizado por una Persona Natural.

¹⁴⁸ Cfr. FARIAS, Ernesto. *Op. Cit.*, Pág. 7.

¹⁴⁹ Ley General de Sociedades N°26887 (Perú: Comisión Permanente del Congreso de la Republica, 1997), artículo 193.

Teniendo en cuenta que la gerencia viene a ser el órgano administrativo de la sociedad comercial, puede ser confiada a una o varias personas ajenas a la compañía, tratándose de un órgano permanente de actividad y de necesaria existencia, ya que es medio por el cual se manifestara la voluntad de la persona jurídica.

La doctrina, legislación y la jurisprudencia nacional tienen establecido que los gerentes poseen un marco autónomo que les confiere independencia de sus decisiones para para la ejecución de los actos y contratos ordinarios, dentro del objeto social, o sea, el giro normal de negocios de la sociedad. Así por ejemplo, el gerente de una compañía que vende servicios de asesoramiento técnico está facultado –a priori- para manejar este giro social, en todo aquello que constituya operaciones ordinarias o normales, en función del giro de negocio¹⁵⁰. Dicha afirmación ayuda a fortalecer la idea de que la empleabilidad de una Persona Jurídica en la gerencia de una empresa es de uso práctico y con resultados seguros, ya que se trataría de una Persona Jurídica especializada y profesional, con méritos para ejercer la dirección de otra empresa, cumpliendo con las facultades que le son delegadas por el Contrato de Management.

Asimismo se ha de mencionar que las funciones básicas del Gerente General que son asumidas por la Persona Jurídica, se limitan a lo que por principio desarrolla un gerente, realizando actos de administración y gestión ordinaria de la sociedad, organizando el régimen interno de la sociedad (donde podrá usar el sello –marca- de la misma) expandiendo su proyección empresarial, representando a la sociedad y apersonándose en su nombre y representación ante la autoridad judicial, administrativa y política, según sea el caso o que el ejercicio de su función lo amerite, ejecutando el plan de negocios aprobado por el Directorio y proponiendo modificaciones al mismo, celebrando y firmando los contratos y obligaciones de la sociedad dentro de los criterios autorizados por el Estatuto y el Directorio de la sociedad¹⁵¹.

¹⁵⁰ FLORES POLO, Pedro. *Comentarios a la Ley General de Sociedades – Estudio analítico*, Lima, Cámara de Comercio de Lima, 1998, Págs. 125-126.

¹⁵¹ ANDINO INVESTMENT HOLDING, *Funciones y Responsabilidades del Gerente*, 2011. (Ubicado 11X 2016) Obtenido en: <http://www.andino.com.pe/wp-content/uploads/2011/11/FUNCIONES-Y-RESPONSABILIDADES-DEL-GERENTE-GENERAL-.pdf>. Pág. 1.

Además se constituye como prohibiciones, responsabilidad y control respecto de la función gerencial, las facultades generales y especiales de representación de los gerentes se encuentran también establecidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Penal¹⁵².

Se ha de tener en cuenta que las potestades otorgadas al Manager mediante el contrato de Management no restringe la utilización de otras formas contractuales, ya que por su propia naturaleza jurídica se trata de un Contrato Principal, que puede utilizar otros contratos secundarios o complementarios a fin de cumplir su función, tal es el caso de los contratos de Know-How, Leaseback, Renting, etc.

Así, aquello que empezó como un contrato delegando la gerencia a una persona jurídica distinta, podrá celebrar contratos (por ejemplo: de underwriting), establecer alianzas estratégicas (dando origen a un grupo empresarial), expandirse en el mercado (constituyendo un holding con subsidiarias), asumir nuevas formas de organización corporativa (mediante fusiones o escisiones), acceder al mercado de valores (emitiendo bonos) y adoptar tantas otras acciones para el mejoramiento de la sociedad¹⁵³.

Por lo tanto, considero que es perfectamente viable plantear una regulación del Contrato de Management dentro de la Ley General de Sociedades, planteando cláusulas de contratación propias de este tipo contractual.

3.4. RAZONES PARA UNA ÓPTIMA REGULACIÓN

- A. Como se ha mencionado con anterioridad, el problema esencial que encontramos en diversas legislaciones Peruanas que regulan contratos atípicos pertenecientes a otros sistemas jurídicos, es que no se respeta la naturaleza jurídica de los mismos, regulando contrario a la doctrina internacional que recoge estas figuras contractuales en normas

¹⁵² TAUMA CHAVARRY, Elena Elizabeth. *El destino de las participaciones del socio excluido en el derecho societario peruano*. Tesis para optar el grado de Abogado. Cajamarca. Universidad Privada del Norte. 2012. Págs. 79-80.

¹⁵³ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Análisis crítico de la Ley General de Sociedades a once años de su vigencia (1998-2009)*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. Pág.48.

supranacionales, por lo que el resultado es una regulación parcial e incompleta que no ayuda a lograr una identidad propia del contrato.

Por lo que se puede señalar serias deficiencias en el órgano legislativo para dictaminar leyes que no acopian el verdadero sentido del contrato, afectando su aplicación y desenvolvimientos dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, ante lo cual es meritorio plantear una buena regulación acorde a los parámetros establecidos a nivel internacional, conforme a la Doctrina y Jurisprudencia internacional, teniendo como base razones de carácter lógico y jurídico para una óptima regulación.

- B. En el enfoque económico de la Teoría de los Contratos, se estudia la existencia de asimetría de información en los diversos agentes económicos sobre la eficiencia de la relación que establecen, siendo de gran utilidad en el momento de estudiar los vínculos contractuales que se presentan a diario en una sociedad porque de estos depende el buen funcionamiento de las relaciones productivas e institucionales.

Por medio de contratos bien elaborados es posible que se dé una asignación más eficiente de los recursos, mayor producción, eliminación de barreras al comercio tanto en el mercado interno como externo, por lo que si al contrario de esta posición los contratos no son apropiados y eficientes, la productividad decrece y los costos se elevan, superando así los precios y generando pérdidas¹⁵⁴.

- C. Si bien existe la autorregulación, entendiéndose como tal a aquel modelo normativo en el cual la producción de normas es encargada a personas u organizaciones que desempeñan una función de creación de normas jurídicas respecto de ellos mismos y de otras personas que acepten su autoridad.

En términos semejantes, se concibe como un proceso de creación normativa por colectivos y asociaciones profesionales y económicas, caracterizado por la ausencia de un poder público en su formulación y por

¹⁵⁴SARMIENTO LOTERO, Rafael. *Teoría de los Contratos: Un enfoque económico*. 2005. (Ubicado 20X 2016) Obtenido en: http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_latinoamericanos_administracion/volumenI_numero1_2005/teoria_contratos.pdf. Pág. 1.

revestir una naturaleza colectiva y reguladora de la conducta de los miembros que integran los mismos¹⁵⁵, considero que es necesario una norma de carácter contractual especial que ayude a que las partes de un negocio jurídico, a que tengan claros cuáles son sus derechos y obligaciones mutuas exigibles dentro de esa relación contractual que están realizando, acorde a las funciones y resultados propios de Management.

- D. Una de las razones por las cuales es necesaria una buena regulación, es por el control de responsabilidad en materia contractual, que deriva siempre de un comportamiento antijurídico que se traduce en el incumplimiento obligacional, el cual debe estar acorde a una ecuación económica financiera, cuya esencia misma de todo contrato es el de buscar en la medida de lo posible una igualdad entre las ventajas que se acuerden y las obligaciones que son impuestas, medidas que deben compensarse entre sí para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles¹⁵⁶.
- E. Otra de las razones por las cuales es fundamental la búsqueda de una adecuada regulación, es por la perspectiva de supervisión de las actividades de índole financiera y administrativa que ofrece como resultado el Contrato de Management.
- F. Por otro lado, como señala FERNÁNDEZ-BACA¹⁵⁷, en el desarrollo de la actividad empresarial es necesario saber cómo financiar sus propias actividades, recurriendo al autofinanciamiento, con fondos provenientes de aportes internos y al financiamiento externo, lo que se constituiría en la búsqueda de aportes ajenos a la empresa, para el giro de negocio de la entidad, por lo que la decisiones dependen de las preferencias de las personas que manejan la empresa, es decir su mayor o menor motivación para invertir y asumir el riesgo.

¹⁵⁵ CUENCA MIRANDA, José Manuel. "Autorregulación y Mercado Financieros", Revista ICE, N° 801, Agosto-Septiembre 2002, Pág.2.

¹⁵⁶ MAYO, Jorge Alberto y PREVOT, Juan Manuel. *Cit.* PERRINO, Pablo Esteban. *La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino*, 2015. Pág.10. (Ubicado 20X 2016) Obtenido en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/14415/15029>.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge, *Mercados Financieros. Instituciones e instrumentos*. Lima, Fondo Editorial Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2009, Págs. 37-38.

En virtud del párrafo precedente considero que con la implementación del contrato de Management se estaría fortaleciendo el autofinanciamiento, ya que no se tendría que buscar capital exterior a la empresa, si no que se maximizaría su operatividad con la disponibilidad de recursos que se tenga, por las habilidades gerenciales que posee el Manager para volver redituable el giro de negocio de la empresa.

En consecuencia se puede notar la dependencia a la capacidad de decisión de quienes esgrimen las actividades de la empresa, por lo que es perfectamente viable en virtud del principio de idoneidad, que las decisiones de índole financiero sean tomadas dentro del Contrato de Management, por una persona jurídica especializada, que se ha posicionado dentro de mercado en razón de compatibilidad e interoperabilidad, evitando que se perjudique la empresa subordinada.

- G. Cuando mencionamos regulación de mecanismos contractuales, hablamos necesariamente del propósito de formalización que tiene la norma para regular criterios doctrinarios y plasmarlos positivamente en una norma de carácter imperativo, estandarizando el uso y los beneficios del elemento que se regula.

Por lo que considero que para una regulación más acorde con nuestro modelo económico, se deberá plantear patrones de calidad mínimos para una adecuada regulación e implementación dentro del ámbito jurídico, brindando las garantías necesarias para que se respete la esencia del contrato, logrando lo que verdaderamente quiere el Contrato de Management, que es optimizar las actividades económico empresariales, de los sujetos que la emplean.

- H. Otro punto que toma vital relevancia es que con una estructura reguladora sólida y clara plasmada en un cuerpo normativo, se podrá determinar el control de responsabilidad y el adecuado funcionamiento del Contrato de Management, ya que se podrá establecer las pautas mínimas para la adecuada ejecución del mismo.

Si bien nos regimos bajo el principio de libertad contractual, considero que no es suficiente, puesto que hablamos de un contrato que puede salvar y

mejorar las habilidades operativas de una empresa, guiando el manejo de los colaboradores o subalternos, teniendo responsabilidades propias del contrato desarrolladas por la doctrina, que explotarían al máximo el aprovechamiento del recurso humano, desembocando en un mejor desempeño que permita potenciar diversas áreas de la empresa.

Más aún si se establece que con una óptima regulación se puede asegurar el uso efectivo y confiable de una adecuada inspección por parte del cualquier organismo supervisor, fiscalizando los poderes coercitivos que se establecen en este instrumento contractual, así como implementando un programa efectivo de cumplimiento.

3.5. BENEFICIOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE MANAGEMENT

En el derecho societario la función de un gerente es la de ejecutar las disposiciones del Directorio y de la Junta General de Accionistas, siendo el Representante Legal de la Sociedad y teniendo a su cargo la dirección y la administración, siendo el responsable legal de la empresa que velara por el cumplimiento de todos los requisitos legales que afecten los negocios y operaciones de la entidad que gerencia.

Dentro del contrato de Management podemos apreciar que las funciones del Manager tienen características de índole organizativa con un frecuente carácter técnico, teniendo a su disposición a un conjunto de personas como medios adecuados, que funcionan para alcanzar un fin determinado, fortificado con normas que componen el Derecho Societario mostrándose como reglas al servicio de una técnica de organización, por lo general legalmente predisuestas, tanto en el plano empresarial como interno.

En este sentido, el Derecho de Sociedades pretende –ante todo- proporcionar pautas para la conformación de organizamos dotados de anatomía y de una fisiología jurídica que han de corresponderse a las necesidades socioeconómicas empresariales, poseyendo en este sentido un evidente sentido

instrumental, potenciando y ampliando actividades económicas individuales y colectivas¹⁵⁸.

El contrato de Management puede ser usado como indicador económico, ya que por principio de transparencia, se podrá conocer el real estado del rendimiento de las inversiones de la empresa, a través de una evaluación constante de resultados económicos y contables, dando la potestad a poder ampliar el capital social, consolidando la idea de negocio.

Asimismo con las facultades otorgadas por el contrato se podrá promocionar en el mercado las actividades propias de la empresa, ya que no solo se trata de un contrato de estructuración administrativa gerencial, si no que a su vez se trata de un instrumento económico que permitirá repotenciar las acciones de la misma en el ámbito donde son competentes.

En la ejecución del contrato de Management podemos advertir características propias de este contrato, que servirán para afianzar el giro de negocio de la empresa, ya que se trata de una persona jurídica especializada en gestión gerencial, que ha desarrollado en el mercado sus habilidades gerenciales, que permiten a su empleador lograr una mayor competitividad y rentabilidad de las operaciones que realiza.

Al referirnos a habilidades gerenciales propias del Manager, según PRECIADO VANEGAS¹⁵⁹, hablamos de un minucioso proceso de desarrollo continuo, contando con un plan de desarrollo de actividades, para obtener efectos positivos de aprendizaje en la eficiencia, productividad y clima laboral, afrontando las necesidades propias de la empresa o área gestionada, sobrellevando las barreras comunicativas presentes en cualquier momento del proceso, que tienen un efecto negativo en el logro de la intención de dicho proceso, supervisando y estimulando con criterios de liderazgo al equipo humano que se encuentra bajo la dirección gerencial.

¹⁵⁸ GARCIA-PITA Y LASTRES, José Luis. *El Derecho de Sociedades en el Perú: Un análisis comparativo*. 2012. Pág. 26. (Ubicado 18X 2016). Obtenido en: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_2-El-derecho-de-sociedades-en-el-Peru.pdf.

¹⁵⁹ PRECIADO VANEGAS, Daniel y SUÁREZ GONZÁLES, Diana, *Op. Cit.*, Págs. 8-12.

Por otro lado GÓMEZ DURÁN¹⁶⁰, menciona que las competencias y habilidades gerenciales deben ser desarrolladas e implementadas por un buen líder, ya que en actualidad, lo que se busca es desarrollar habilidades, disciplinas y conocimientos que les permitan llevar a sus equipos de trabajo (áreas gestionadas) a la cima, posicionándose en los principales lugares con calidad, logrando los resultados que la organización requiere y un verdadero cambio organizacional, lo que hace pensar que un Gerente debe saber gerenciar el cambio, se debe adaptar a las diversas situaciones y tendencias para poder alcanzar el éxito en todo sentido.

En este sentido una de las cualidades más beneficiosas del sistema de Management es el desarrollo de las habilidades gerenciales del Manager, ya que influye positivamente como líderes en la empresa y con sus equipos de trabajo, desarrollando los talentos de su personal a cargo, conduciendo eficazmente a sus subordinados al perfeccionamiento de sus actividades, utilizando técnicas y recursos que promuevan la resolución y manejo de conflictos en la organización, implementando destrezas para la negociación en diversos ámbitos de trabajo enfocados a resultados, planificando estrategias enfocadas al servicio de calidad que permita incrementar la rentabilidad de la empresa gestionada.

Por otra parte, al ser un contrato atípico, moderno e innominado, la utilización que se le da al Contrato de Management en su sistema jurídico de origen es variado, y realizando una comparación con nuestro sistema, su aplicación no difiere mucho, por lo que su empleabilidad es usada actualmente a pesar de no estar regulada, siendo ejemplos más concretos: su uso dentro de las actividades deportivas (Management Deportivo), representativas musicales (Music Management) y de gestión hotelera (Management Hotelero), por lo que su empleabilidad es compatible dentro de las actividades empresariales en nuestro país.

Por último, siguiendo la línea de investigación relacionada a la actividad empresarial y las exigencias propias del mercado, deseo acotar que la finalidad

¹⁶⁰ Cf. GÓMEZ DURÁN, Luz Andrea, *Competencias y habilidades gerenciales que debe desarrollar un buen líder*, 2014. Pág. 2. (Ubicado 23XI 2016). Obtenido en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11761/1/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL%20COMPETENCIAS%20Y%20HABILIDADES%20GERENCIALES.pdf>.

primordial con el planteamiento de la regulación del contrato de Management es ayudar a la gestión y consolidación empresarial de diversas estructuras jurídicas societarias, que podrán ver en este mecanismo contractual una herramienta para poder mejorar sistemáticamente sus funciones y asegurar su presencia dentro del competitivo mundo de los negocios, más aun si son las habilidades gerenciales las que determinan sobre la practica si una empresa está destinada a crecer como tal o a su posterior quiebra.

3.5.1. NECESIDAD DEL MANAGEMENT EN LAS PYMES

Las Pequeñas y medianas empresas (Pymes) desempeñan un papel de vital importancia en la economía peruana, ya que contribuyen a la creación de empleo, incrementan el producto bruto interno, garantizan el desarrollo económico del país dinamizando la economía, aportando a la productividad y al equilibrio de la sociedad disminuyendo la pobreza.

En países en vías de desarrollo como el nuestro, las PYMES cumplen un papel fundamental en la dinámica del mercado, produciendo y ofertando bienes, añadiendo valor agregado y contribuyendo a la generación de empleo. En la actualidad las PYME representan un estrato muy importante en la estructura productiva del país, tanto por la cantidad de establecimientos como por la generación de empleo, habiendo desarrollado en los últimos años una presencia mayoritaria, constituyéndose en algunas zonas del interior del país como la única forma de organización empresarial existente sobre la cual gira la actividad económica¹⁶¹,.

En este sentido son las Pymes las que impulsan la creación de puestos de trabajo y generan por consiguiente en crecimiento económico, lo que nos ha llevado a ser considerados como una economía emergente en la región, garantizando así la estabilidad social.

La presencia de las Pymes es cada vez más hegemónica en la realidad empresarial peruana, como ZUÑIGA QUEVEDO¹⁶² señaló el Diario la Republica

¹⁶¹ ARBULÚ, Jorge. *La PYME en el Perú*. 2004. Pág. 5. (Ubicado 22XI 2016). Obtenido en: <http://cendoc.esan.edu.pe/fulltext/e-journals/PAD/7/arbulu.pdf>.

¹⁶² ZUÑIGA QUEVEDO, Javier. *Las Pymes y la Economía Peruana*. Diario la Republica, 20 de Mayo del 2015, sección Economía.

el 20 de Mayo del 2015, en lo que se refiere al tamaño empresarial por número de empresas, las micro, pequeñas y medianas empresas representan el 99,6% y la gran empresa el 0,4% del total de las empresas existentes en el país, creando empleo alrededor del 75% de la Población Económicamente Activa (PEA) y generando una riqueza en más de 45% del Producto Bruto Interno (PBI).

Según el INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática) indicó que, según el segmento empresarial, el 96,2% de las empresas son microempresas, el 3,2% pequeñas empresas, el 0,2% medianas empresas y el 0,4% grandes empresas. Según su actividad, el 44,4% de las microempresas se dedican a la comercialización de bienes, mientras que el 16,2% prestan servicios administrativos, de apoyo y servicios personales¹⁶³. Por lo que las Pymes se constituyen en la mejor alternativa para hacer frente al desempleo nacional.

Pero aun así, no están exentos de fallas, ya que en la actualidad como sugiere la Sociedad Peruana de Pyme (SPP), a pesar de que cada año surgen 12 mil Pymes, solo el 10% supera el año de actividad, por lo que según el Departamento para emprendedores del Banco de Comercio, los errores más recurrentes son la falta de evaluación de competencias, el desconocimiento del mercado, el pésimo control de gestión que se tiene sobre sus recursos y falta de innovación por parte las empresas, las cuales tienen resultados nefastos al no saber cómo direccionar las políticas de la Pymes¹⁶⁴.

Si analizamos el tema con profundidad, una Pyme tiene la obligación de mejorar constantemente para alcanzar sus objetivos, por lo que es necesaria una buena gestión que estimule un rendimiento óptimo para su adecuado funcionamiento. Con referencia al dato de que solo el 10% de las Pymes sobrevive anualmente, se puede apreciar la existencia de una mala gestión, ya sea por falta de estrategias o falta de cultura empresarial, ya que no se tiene un adecuado plan de desarrollo empresarial, que ayude a tener metas claras en cuanto a los

¹⁶³América Economía. *Más del 99% de las empresas en el Perú son pequeñas y medianas*. 2015. (Ubicado 30XI 2016). Obtenido en: <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/mas-del-99-de-las-empresas-del-peru-son-peque%C3%B1as-y-medianas>.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ, Fabiana. *¿Por qué fracasan las empresas?* Diario Perú21, 20 de Mayo del 2015, sección Finanzas.

objetivos a corto y largo alcance, ni se plantea las directrices a seguir para mejorar continuamente.

Es en este escenario, donde la real importancia y necesidad de la regulación del Contrato de Management toma fuerza, ya que es un contrato de carácter gerencial, donde el contratante cede la gerencia de su empresa a una Persona Jurídica distinta, que posee cualidades de profesionalidad y experiencia en el sector, que podrá tomar decisiones tomando en cuenta el riesgo y las nuevas tendencias del mercado, controlando sus directrices y el core business de la empresa gerenciada, con la obligación de la obtención de resultados para la continuación de la relación contractual.

Por lo que se constituiría como un instrumento de medición de la actividad de las áreas que estén a su cargo, o de la totalidad de las funciones de la empresa, facultado por este contrato. Evitando así el fracaso empresarial en que se encuentran las Pymes, al no lograr su subsistencia en el mercado competitivo de hoy, favoreciendo el crecimiento económico, incrementando la competitividad, logrando controlar riesgos, mejorando su imagen Pública, favoreciendo a la interrelación con otros socios empresariales y aumentando la exceptiva de desarrollo de las Pymes.

En este momento de gran desarrollo económico mundial, las Pymes cuentan con el reconocimiento del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) que menciona:

“Reconocemos que las micro, pequeñas y medianas empresas son un componente esencial para que las economías logren un crecimiento y una prosperidad de calidad”, siendo fuentes de innovación y empleo, situadas para promover el espíritu empresarial, beneficiarse de la reforma estructural y avanzar en la sostenibilidad de nuestras economías, maximizando el impacto de las políticas, estrategias y mejores prácticas¹⁶⁵.

¹⁶⁵PERÚ PYMES. *Apoyo a Mipymes permitirá crecimiento de calidad*. 2016. (Ubicado 25XI 2016). Obtenido en: <http://perupymes.com/noticias/apoyo-a-Mipymes-permitira-crecimiento-de-calidad>.

3.6. CLAUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN DEL MANAGEMENT

En concordancia con lo investigado en los capítulos I y II de la presente tesis, se pretende tomar los aspectos teóricos y prácticos investigados, como base para plantear una sugerencia de como regular el Contrato de Management en la legislación peruana.

Dicha propuesta normativa adoptara la forma de cláusulas contractuales, que estarán adheridas a partir del artículo 193 de la Ley General de Sociedades.

Así mismo, se enfocara en elementos principales o más usuales del Contrato de Management, por lo que no se incluirá cláusulas específicas o detalladas cuya determinación debe estar acorde a la naturaleza jurídica del contrato, tampoco se verán las cláusulas accesorias que no forman parte de los acuerdos básicos de Management, ni cláusulas adicionales que, aunque suelen incluirse en contratos, no atañen directamente a la figura contractual, tales como renunciaciones de fuero, acuerdos de arbitraje, cláusulas de notificaciones y comunicaciones, cláusulas de aceptación general¹⁶⁶.

La razón por la que no se desarrollara cláusulas específicas, detalladas, accesorias y adicionales, será que el contrato de Management posee diversas clasificaciones de acuerdo a la actividad empresarial de la empresa que quiera disponer de él, como es el caso de Management hoteleros, deportivos, musicales y de Administración Pública, por lo que limitar el contrato a una sola actividad mediante cláusulas específicas no beneficiaría a las partes contratantes que deseen usarlos en otras actividades económicas.

Por lo tanto solo se señalaran cláusulas generales de contratación acorde a la Naturaleza Jurídica del Contrato, como sus limitaciones en cuanto a su ámbito de aplicación para evitar confundirlo con todo tipos de contratos.

En consideración a lo antes mencionado para OBIOL ANAYA¹⁶⁷, se ha de tener en cuenta que no existe un modo correcto ni incorrecto de realizar el contrato, pero se debe de tener en cuenta cláusulas indispensables, como una cláusula que indique el objeto del contrato y la delegación expresa de la misma, otras que

¹⁶⁶GRAMAJO CASTRO, Juan Pablo. *Op. Cit.* Pág. 149.

¹⁶⁷ OBIOL ANAYA, Erik F. *Op. Cit.*, Págs. 306-308.

establezca la gerencia del giro de negocio, la responsabilidad de la empresa gerenciada, los plazos para la obtención de resultados teniendo en cuenta factores de riesgo económico sociales, las facultades de administración, asimismo cláusulas de exclusividad por la función de dirección de la Persona Jurídica, y por último la contraprestación por el servicio prestado.

3.7. PROPUESTA DE REGULACIÓN

Lo que se plantea en la propuesta legislativa es adherir artículos a la Ley General de Sociedades, a partir del artículo 193, puesto que de acuerdo a lo desarrollado en la presente tesis, no existe impedimento legal alguno que limite la adhesión de la figura del Contrato de Management en este cuerpo normativo.

3.7.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es compromiso de los legisladores el adaptar normas jurídicas a la realidad social conforme a los cambios que ocurren en el ámbito económico, social, político y cultural, es por ello que la legislación peruana se deberá instrumentar para estar a la vanguardia de las nuevas tendencias del mercado, protegiendo y supervisando mediante la regulación las relaciones contractuales entre personas naturales y jurídicas, siendo esta una de las principales políticas públicas para el desarrollo.

Los contratos asociativos se encuentran regulados en Libro V de la Ley General de Sociedades, desde el Art. 438, donde se especifica que son aquellos que crean y regulan relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en intereses comunes de los intervinientes, determinando en sus artículos consecuentes una distinción de diversas formas contractuales de carácter asociativo.

Por ello, se considera oportuno actualizar la legislación vigente, en relación a los contratos modernos regulados en la presente ley, que tienen que ver con el carácter de consolidación empresarial que tiene nuestra economía social de mercado.

El contrato de Management es un contrato empresarial de organización corporativa que procura delegar la gestión empresarial de un negocio de forma

parcial o total, regulando mediante estrategias de ejecución las actividades internas de la empresa gerenciada, por el carácter de especialización que posee.

Mediante el contrato de Management se confiere un instrumento de contratación y de dominio, celebrado por razones organizativas, de racionalidad económica, con la finalidad de que una sociedad pueda integrarse y cooperar conjuntamente con una organización más amplia, preservando la capacidad de generar sus propias utilidades y la autonomía de su patrimonio.

Igualmente cabe resaltar que es la misma Ley General de Sociedades en su Art. 193, la que nos facultad de la designación de una Persona Jurídica como Gerente de otra Persona Jurídica distinta, la que estará sujeta a las responsabilidades y limitaciones señaladas en los artículos propuestos.

Asimismo cabe acotar que a nivel internacional el Estado Peruano, ha ratificado diversos tratados de carácter mercantil, siendo uno de ellos el CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil) - UNCITRAL, donde se encuentra una guía jurídica que regula el Contrato de Management como Project Management, conservando características propias conforme a su naturaleza jurídica.

3.7.2. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no irroga gasto alguno al erario nacional, pero si generando un impacto económico social; toda vez, que lo que se pretende es únicamente adicionar artículos a la Ley General de Sociedades, para que se consigne su formalización en nuestro sistema jurídico. Con lo que, se proporcionará mayor seguridad jurídica a las partes contractuales, lo que será de gran beneficio para nuestra legislación.

3.7.3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA PROPUESTA NORMATIVA

La presente iniciativa legislativa propone la Adhesión de artículos a la Ley N° 26887 Ley General de Sociedades, que regulen el Contrato de Management, en referencia al objeto del contrato, las responsabilidades dentro de la relación jurídica, los plazos para obtención de resultados, las facultades administrativas y su organismo supervisor.

3.7.4. INCIATIVA DE REGULACIÓN

ARTICULO ÚNICO: incorporación de los artículos 193-A, 193-B, 193-C, 193-D, 193-E, de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

Incorporase de los artículos 193-A, 193-B, 193-C, 193-D, 193-E, de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en los siguientes términos:

Artículo 193-A.- Contrato de Management

Es el contrato de gestión gerencial, por el cual dos personas jurídicas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa, a fin de concretar objetivos comunes para obtener beneficios económicos, delegando la función gerencial de la empresa contratante a una Persona Jurídica especializada, para optimizar la eficiencia y eficacia de sus operaciones.

Se ejerce una actividad de consultoría gerencial en el cual se puede establecer o no un régimen de exclusividad a favor de las sociedades de grupo.

Artículo 193-B.- Componentes de la Función Management

Se denominara Manager a la persona jurídica que ejerza las operaciones de gestión gerencial, y Subordinado a la persona jurídica que delegue las facultades de gerencia.

Los componentes característicos del contrato de Management serán la gestión de monitoreo:

Capacidad de dirección, se determinara los objetivos específicos y se trazara un recorrido para la sociedad.

La organización, mediante un proceso dinámico se determinara su funcionamiento a corto, mediano y largo plazo. Se buscara la unidad en ciertas situaciones complejas, reagrupando, dividiendo y coordinando responsabilidades.

Asignación de recursos, distribución óptima de recursos, en materia de calidad, naturaleza, lugar y modo.

El control, no es exclusivamente final, es un proceso permanente y constante, determinando pertinencia, coherencia, eficiencia (relación resultado/ medios) y eficacia (relación resultado/objetivos).

Planificación y activación de actividades, mediante estrategias, estructuras y comportamientos.

Innovación, mantenerse acorde a las tendencias del mercado para asumir riesgos propios de la gestión gerencial.

Artículo 193-C.- Características.

El Manager actúa por delegación expresa en el contrato, pudiendo aplicar cualquier instrumento contractual que ayude al cumplimiento de sus obligaciones.

Las actividades que ejerza el Manager deberán ser sustentadas mediante informes de carácter técnico, teniéndose un registro de carácter obligatorio que sustentara la renovación del contrato por plazos pactados entre las partes.

Artículo 193-D.- Limitación

El manager no podrá extralimitarse de las facultades otorgadas en el contrato, o ir en contra de normas de carácter prohibitivo y los usos comerciales del área propia de la empresa.

Artículo 193-E.- Plazos para la obtención de resultados

Los plazos serán acordados por las partes de acuerdo al Principio de Libertad Contractual.

Es requisito primordial que para la renovación de contrato se halla logrado la obtención de los resultados establecido en el contrato.

Asimismo se señala que la responsabilidad asumida por el manager deberá tener concordancia con lo establecido en el art. 190.

CONCLUSIONES

Finalizando con la presente investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- Contrastando la hipótesis resulta verdadera la teoría de que con la formalización del contrato de Management se impulsara el crecimiento económico, incentivando las relaciones jurídicas de carácter contractual.
- En el desarrollo de la presente tesis, se ha analizado la contratación en el Perú dentro del modelo económico establecido, determinado la conveniencia de la regulación del contrato, siempre y cuando sirva para el fortalecimiento empresarial, acorde a las tendencias y exigencias del mercado.
- Se ha analizado la real naturaleza del contrato de Management, según la doctrina, el derecho comparado y la regulación por organismos supranacionales cuyos tratados tiene fuerza de carácter vinculante, siendo un valioso instrumento para medir la rentabilidad de la actividad empresarial, graduando progresivamente el desarrollo de las actividades de las áreas que mediante el contrato se gestionaran, con la finalidad de obtener resultados óptimos. Plasmando la necesidad actual por herramientas que permitan consolidar en el mercado a las Pymes.
- Se determinó que es perfectamente viable regularizar el contrato de Management, proponiendo la adhesión de artículos a la Ley General de Sociedades, formalizando el objeto del contrato, las responsabilidades dentro de la relación jurídica, los plazos para obtención de resultados, las facultades administrativas.

RECOMENDACIONES

Luego de que se ha concluido con los resultados de la presente tesis, el siguiente paso será definir algunas recomendaciones para que esta investigación resulte aún más beneficiosa.

- Debido a que el contrato de Management es un contrato mercantil atípico, es recomendable que se realice una buena promoción para dar a conocer esta forma contractual, más aun si genera una mayor rentabilidad y repotencia las actividades de la empresa gerenciada, cuya implementación está acorde a nuestro ordenamiento jurídico.
- En este sentido, es importante recalcar la verdadera naturaleza del contrato de Management para desvirtuarlo de otras formas contractuales, de tal manera que se haga un buen uso de la herramienta garantizando un servicio de calidad en la gestión gerencial de la Persona Jurídica contratante.
- Sugiero la pronta regulación del contrato de Management por parte del Estado, más aún si he demostrado que es perfectamente viable conforme a las tendencias de nuestra economía social de mercado.
- Otro aspecto importante va dirigido a los futuros investigadores del Sistema de Contratación del Management, ante los cuales espero que la presente investigación sirva para entender el desarrollo de este contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico e intrínsecamente en el mercado global.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. ALEMANN. Roberto. *Sistema Económico*. Bueno Aires. Ediciones ARAYU, 1953.
2. ALVAREZ DIDYME-DOME, Manuel. *Contratos Mercantiles*, Ibagué, Fondo Editorial Universidad de Ibagué, 2012.
3. ALTERNINI, Atilio. *Contratos Civiles – Comerciales – De Consumo – Teoría General*, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 1999.
4. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984 - Contratos Nominados*. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2011.
5. BARRERA GRAF, Jorge. *El Derecho Mercantil en América Latina*, Ciudad de México, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.1963.
6. BRAVO MELGAR, Sídney. *Contratos Atípicos e innominados*, Lima, Editorial Ediciones Legales Iberoamericanas E.I.R.L. 2003.
7. BENÍTEZ CAORSI, Juan. *Solidaridad Contractual – Noción Posmoderna del Contrato*, Madrid, Editorial Reus, S.A.2013.
8. CAAMAÑO, J. Eduardo. *Project Management Práctico. Técnicas, Herramientas y Documentos*. Madrid, Editorial Círculo Rojo, 2011.
9. CARBAJALES, MARIO. *La regulación del mercado financiero*, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006.
10. CÁRDENAS QUIROZ, Carlos y GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “*Contratos y Mercado*”,2000. Gaceta Jurídica Editores, Lima.
11. CUATRECASAS ARBÓS, Lluís, *Lean Management. La gestión competitiva por excelencia*. Barcelona, Editorial PROFIT, 2010.
12. DIAZ BRAVO, Arturo. *Contratos Mercantiles*, Octava Edición, Ciudad de México, IURE Editores, S.A. 2004.
13. FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos – Modalidades de Contratación Empresarial*, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999.
14. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho Civil Patrimonial*. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997.

15. FERÁNDEZ-BACA, Jorge, *Mercados Financieros. Instituciones e instrumentos*. Lima, Fondo Editorial Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2009.
16. FERNÁNDEZ-GALIANO, Blanca. *Formación en Tiempos de Crisis. Reflexiones para Organizaciones Inteligentes en El Management del Siglo XXI. Reflexiones sobre el Pensamiento de Javier Fernández Aguado*. Madrid, Editorial BrandSmith, 2012.
17. FERREYRO, P. y ALCAZAR, M. *Gobierno de Personas en la Empresa*, Piura, Editorial UDEP, 2001.
18. FLORES POLO, Pedro. *Comentarios a la Ley General de Sociedades – Estudio analítico*, Lima, Cámara de Comercio de Lima, 1998.
19. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*, Ciudad de México. Fondo Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
20. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “*La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo*” Vol. I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
21. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I*, 7ª edición, Bogotá, Editorial TEMIS, 2003.
22. HALL, Richard. *Organización, Estructura y Proceso*. Madrid, Editorial DOSSAT S.A. 1996.
23. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil - Introducción histórica y dogmática*, Barcelona, Editorial ARIEL S.A., 1987.
24. HITPASS, Bernhard. *Business Process Management. Fundamentos y Conceptos de Implementación*. Santiago de Chile, Editorial BHH Ltda. 2014.
25. JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J., *Derecho Mercantil I*, Treceava Edición, Barcelona, Editorial ARIEL S.A., 2009.
26. KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012.
27. LARGO TABORDA, Adriana. *Tensión entre la Autonomía y Buena Fe en la Contratación Privada Contemporánea*. Medellín, Fondo editorial Universidad de Antioquia, 2012.
28. MARISTANY, Jaime. *Liderazgo. ¿Qué? ¿Para qué? ¿Cómo? ¿El Futuro?*, Bueno Aires, Layetana Ediciones, 1994.

29. MARISTANY, Jaime y GONZALES BAÑOS, Manuel, *Manejando la Crisis. Relación entre los medios y la empresa*. Buenos Aires, Layetana Ediciones, 1998.
30. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *Casos Prácticos de Management Estratégico*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A. 1996.
31. MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos. *El Contrato en una Economía de Mercado*, Lima, Editorial Normas Legales S.A.C., 2004.
32. OBIOL ANAYA, Erik F. *Contratos Mercantiles*, Chiclayo, Ediciones Grijley, 2016.
33. PÉREZ RAMÍREZ, Jorge y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Javier, *Instrumentos Financieros, Análisis y valoración con una perspectiva bancaria y de información financiera internacional*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2006.
34. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, 4ª Edición, Barcelona, Editorial BOSCH S.A. 1988.
35. REZZÓNICO, Juan. *Contratos con cláusulas predispuestas: Condiciones negócias generales*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1987.
36. REZZÓNICO, Juan. *Principios Fundamentales de los Contratos*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999.
37. RODRIGUEZ VELARDE, Javier. *Contratación Empresarial*, Lima, Editorial RODHAS, 1998.
38. URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aureliano y Otros. *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2ª Edición, Madrid, Editorial THOMSON-CIVITAS, 2004.
39. URWICK, Lyndall, Cit. MCGRATH James y BATES Bob. *El Pequeño libro de las grandes Teorías del Management*. Barcelona, Editorial Alienta, 2013.
40. WITKER, Jorge. *Derecho Económico*. Ciudad México, Editores HARLA, 1985.
41. WITKER, Jorge. *Introducción al Derecho Económico*, Cuarta Edición, Ciudad de México, MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. 1999.

42. ZÚÑIGA ROMERO, Carlos. *Manual de Derecho Económico*, Guayaquil. Fondo Editorial de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2008.

LIBROS TRADUCIDOS:

43. HAMEL, Gary y BREEN, Bill. *El Futuro de la Administración*, Traducido por Adriana de Hassan, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2008.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

44. ANDINO INVESTMENT HOLDING, *Funciones y Responsabilidades del Gerente*, 2011. (Ubicado 11X 2016) Obtenido en: <http://www.andino.com.pe/wp-content/uploads/2011/11/FUNCIONES-Y-RESPONSABILIDADES-DEL-GERENTE-GENERAL-.pdf>.
45. América Economía. Más del 99% de las empresas en el Perú son pequeñas y medianas. 2015. (Ubicado 30XI 2016). Obtenido en: <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/mas-del-99-de-las-empresas-del-peru-son-peque%C3%B1as-y-medianas>.
46. ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José, *Regulación Contractual y Consumidores*, 2003, (Ubicado el 30X 2016). Obtenido en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivos/EmiloJoseArchila.pdf>.
47. ARBULÚ, Jorge. *La PYME en el Perú*. 2004. Pág. 5. (Ubicado 22XI 2016). Obtenido en: <http://cendoc.esan.edu.pe/fulltext/e-journals/PAD/7/arbulu.pdf>.
48. BARSALLO P., Carlos. *Alcances de la función fiscalizadora. Derechos y deberes de la comisión nacional de valores*, 2004. Pág.3. (Ubicado 24XI 2016) Obtenido en: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjYtf32uMPQAhUE7yYKHacgC5MQFggpMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.supervalores.gob.pa%2Ffiles%2FPrésentaciones_Publicas%2Falcance_fiscalizadora_cnv.doc&usg=AFQjCNFr1HjEEMKwloQuv30fxl0g8K1p6Q&sig2=hni_1raGzVteqt9xEAzKaA.

49. BETANCOURT, Julio César. *Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*, 2012 (Ubicado el 1.XI 2015) Obtenido en: http://www.indret.com/pdf/898_es.pdf.
50. CAMARA NACIONAL DE COMERCIO DEL PERÚ. *Misión y Servicios*. 2016 (Ubicado 30XI 2016). Obtenido en: <http://camaranacional.org.pe/servicios/>.
51. COLTELL, Óscar y CHALMETA, Ricardo. *Asignación de Recursos y Costes con MS Project*. 2005, (Ubicado el 23VI 2016). Obtenido en: <http://www.vc.ehu.es/jiwotvim/ISOFT2008-2009/Practicas/BloqueII/PGSI-p3p4ejemplo.pdf>.
52. CORTES, Josep. *Aplicación Internacional de New Public Management: Hacia un enfoque en los resultados*. (Ubicado el 25VII 2016). Obtenido en: http://dea.uib.es/digitalAssets/136/136591_w2.pdf.
53. CNUDMI. *Sobre la CNUDMI - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. 2015. (Ubicado 25VI 2016). Obtenido en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.
54. DURÁN JUVÉ, Dunia y LLOPART PÉREZ, Xavier, *La Dirección y El Control Estratégico: Su Aplicación en los Recursos Humanos*. 1999. (Ubicado el 23VI 2016). Obtenido en: [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/13220/3/Fundamentos%20\(Parte%20primera\).pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/13220/3/Fundamentos%20(Parte%20primera).pdf).
55. ECHAIZ MORENO, Daniel. *El Management como herramienta contractual para la organización de la empresa*. 2010. (Ubicado el 1III 2016). Obtenido en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/el%20management.pdf>.
56. FARIAS, Ernesto, Argentina: *Ponencia sobre el contrato de Management su relación con la crisis empresarial y la necesidad de su regulación*. (Ubicado 01X 2016). Obtenido en: <http://www.estudioton.com.ar/congresos/lomas%20de%20zamora%202004/FARIAS-MAGNAMENT.pdf>.
57. GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago. *La Función de la Planificación Empresarial dentro del Sistema de Objetivos y de Decisión de la Empresa*. 1990. (Ubicado el 22VI 2016). Obtenido en:

- http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6677/funcion_garcia_POLITICA_1975.pdf?sequence=1.
- 58.** GARCIA-PITA Y LASTRES, José Luis. *El Derecho de Sociedades en el Perú: Un análisis comparativo*. 2012. (Ubicado 18X 2016) Obtenido en: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_2-El-derecho-de-sociedades-en-el-Peru.pdf.
- 59.** GÓMEZ DURÁN, Luz Andrea, *Competencias y habilidades gerenciales que debe desarrollar un buen líder*, 2014. Pág. 2. (Ubicado 23XI 2016). Obtenido en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11761/1/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL%20COMPETENCIAS%20Y%20HABILIDADES%20GERENCIALES.pdf>.
- 60.** GUERRERO, Omar. *Nuevos Modelos de Gestión Pública*. 2001 (Ubicado el 9VI 2016). Obtenido en: <http://www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/>.
- 61.** GUERRERO, Omar, *El mito del Nuevo “Management” Público*. 2006- (Ubicado el 10VI 2016) Obtenido en: <http://www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/Guerrero2004.pdf>.
- 62.** HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los Contratos Internacionales de Construcción “Llave en Mano”*. (Ubicado el 24VI 2016). Obtenido en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908>.
- 63.** HOSTELSUR. *España: El Contrato de gestión se afianza como fórmula en el sector hotelero español, según expertos*. (Ubicado 24VI 2016) Obtenido en: http://www.hosteltur.com/11356_espana-contrato-gestion-se-afianza-como-formula-sector-hotelero-espanol-varios-expertos.html.
- 64.** INESEM BUSINESS SCHOOL, *Master en Gestión Deportiva – Sport Management*. 2012. (Ubicado el 09VI 2016). Obtenido en: <http://www.euroinnova.edu.es/Master-Gestion-Deportiva-Sport-Management.pdf>.
- 65.** LASTRA LASTRA, José Manuel, *Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo*, 2003 (Ubicado 11XI 2015). Obtenido en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/5/dtr/dtr4.pdf>.
- 66.** LEYVA SAAVEDRA, José, *Autonomía Privada y Contrato*, 2010-2011, (Ubicado 20X 2015) Obtenido en:

- <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12.+Doctrina+Nacional++Jos%C3%A9+Leyva+Saavedra.pdf?M OD=AJPERES&CACHEID=51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc>.
- 67.** LÓPEZ, Andrea, *La Nueva Gestión Pública: Algunas Precisiones para su Abordaje Conceptual*. 2002. (Ubicado el 22VI 2016) Obtenido en: http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento_estrategico/docs/biblioteca_y_enlaces/ngpfinal.PDF.
- 68.** MARTÍNEZ GÓMEZ, Osvaldo. *Outsourcing*. 2012. (Ubicado el 22VI 2016). Obtenido en: http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAP/AGAP/MODULOIV/semana5/GestiondelasAdquisicionesSemana5/Ejemplo%20Trabajo%20de%20Adquisiciones%20Tema%20Outsourcing_2012%20PDF.pdf.
- 69.** MORALES CASSETTI, Marjorie, *Nueva Gestión Pública en Chile: Orígenes y Efectos*. 2014. (Ubicado el 09VI 2016). Obtenido en: http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2014/09/04_vol_34_2.pdf.
- 70.** MERINO ACUÑA, Roger Arturo, *Los Limites de la Autonomía Contractual en el Capitalismo del Mercado Global*, 2008 (Ubicado el 14.X 2015). Obtenido en: http://www.academia.edu/1079655/Los_L%C3%ADmites_de_la_autonom%C3%ADa_contractual_en_el_capitalismo_del_mercado_global.
- 71.** PERÚ PYMES. *Apoyo a Mipymes permitirá crecimiento de calidad*. 2016. (Ubicado 25XI 2016). Obtenido en: <http://perupymes.com/noticias/apoyo-a-Mipymes-permitira-crecimiento-de-calidad>.
- 72.** PERRINO, Pablo Esteban. *La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino*, 2015. (Ubicado 20X 2016) Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14415/15029>.
- 73.** PRATS PLANAGUMÁ, Lluís y GUIA JULVE, Jaume, *Gestión de Precios en un Sistema de Revenue Management Hotelero en Línea*, 2012. (Ubicado el 15VI 2016). Obtenido en: http://www.pasosonline.org/Publicados/10512/PS0512_06.pdf.

74. PRECIADO VANEGAS, Daniel y SUÁREZ GONZÁLES, Diana, *Habilidades Gerenciales*. 2012. Pág. 4, (Ubicado el 22XI 2016). Obtenido en: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/4572/130867.pdf?sequence=1>.
75. RESICO, Marcelo. *¿Qué es la Economía Social de Mercado?*, 2011 (Ubicado el 13.X 2015). Obtenido en: http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf.
76. SARMIENTO LOTERO, Rafael. *Teoría de los Contratos: Un enfoque económico*. 2005. (Ubicado 20X 2016) Obtenido en: http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_latinoamericanos_administracion/volumenI_numero1_2005/teoria_contratos.pdf.

REVISTAS:

77. CUENCA MIRANDA, José Manuel. “Autorregulación y Mercado Financieros”, *Revista ICE*, N° 801, Agosto-Septiembre 2002.
78. HUERGO LORA, Alejandro, “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas Públicas”, *Revista de Administración Pública*, N°154, Marzo 2014.
79. OLIVOS CELIS, Milagros K. “Fundamentos Constitucionales de la Economía Social de Mercado”, *IUS, Revista de Investigación de la Facultad de Derecho USAT*, 2011.

DICCIONARIOS JURÍDICOS:

80. BERMÚDEZ TAPIA, Manuel y FUENTES PONCE DE LEÓN, Alejandro. *Diccionario Jurídico*. Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., 2007.

TESIS:

81. ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente. *La Constitución Económica en el Perú y en el Derecho Comparado*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003.

- 82.**BERAÚN BARRANTES, Faustino. *El Derecho Económico y la metáfora de la libre competencia: un análisis filosófico*, Tesis para optar el grado de Doctor en Filosofía. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014.
- 83.**ECHAIZ MORENO, Daniel. *Análisis crítico de la Ley General de Sociedades a once años de su vigencia (1998-2009)*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- 84.**GRAMAJO CASTRO, Juan Pablo. *El Contrato de Representación Musical o Music Management en Guatemala*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Universidad San Carlos de Guatemala, 2015.
- 85.**HERNANDEZ PALOMO, Jennifer María. *La importancia de una recopilación de los nuevos contratos atípicos mercantiles*, Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Universidad San Carlos de Guatemala, 2009.
- 86.**RIOS GAMARRA, Delia y ESCUDERO SAN MARTIN, Carmen. *Propuesta de Implementación de la función del Community Manager para mejorar la comunicación corporativa de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Comunicación. Lambayeque, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. 2014.
- 87.**TAUMA CHAVARRY, Elena Elizabeth. *El destino de las participaciones del socio excluido en el derecho societario peruano*. Tesis para optar el grado de Abogado. Cajamarca. Universidad Privada del Norte. 2012.
- 88.**TORRES SANTOS, Mirna Luzgarda. *Fundamentos Jurídicos y Doctrinarios sobre la autonomía del Contrato de Management en Guatemala*. Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Universidad San Carlos de Guatemala, 2013.
- 89.**YOVERA LEON, Jenny Marilú. *Regulación Jurídica del Contrato de Franquicia en el Perú*, Tesis para optar a Título de Abogada, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2011.

JURISPRUDENCIA:

- STC. Del Tribunal Constitucional Peruano del 01 de Abril del 2005, Expediente N° 0048-2004-PJ
- STC. Del Tribunal Constitucional Peruano del 10 de Diciembre del 2010, Expediente N° 01405-2010-PA/TC.
- STC. Del Tribunal Constitucional Peruano del 29 de Febrero del 2006, Expediente N° 7320-2005-AA,
- STC. Del Tribunal Constitucional, del 24 de Abril del 2006, Expediente. N° 047–2004–AI/TC.
- STC. Del Tribunal Constitucional Peruano del 24 DE Marzo del 2014, Expediente N° 0858-2003-AA.

LEGISLACIÓN:

- Ley General de Sociedades N°26887 (Perú: Comisión Permanente del Congreso de la Republica, 1997).

PERIÓDICOS:

- SÁNCHEZ, Fabiana. *¿Por qué fracasan las empresas?* Diario Perú21, 20 de Mayo del 2015, sección Finanzas.
- ZUÑIGA QUEVEDO, Javier. *Las Pymes y la Economía Peruana.* Diario la Republica, 20 de Mayo del 2015, sección Economía.