

El Derecho Civil frente a la contratación comercial moderna.-

Durante los últimos años han ido penetrando en nuestro país una serie de instituciones de origen anglosajón, extrañas a lo que fuera el esquema tradicional de la contratación romanista. Por otra parte, se han ido institucionalizando nuevos contratos con fundamentos en la tradición romanista o variantes de dichos contratos.

1.-EL CONTRATO DE LEASING.-

a) Concepto.-

De acuerdo a la Circular N° 2392 de 09-09-88 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el leasing es un "contrato en virtud del cual una de las partes, denominada empresa de leasing, adquiere a solicitud de la otra, denominada arrendatario, bienes de capital para el uso de este último, a cambio de pagos que recibirá, por un plazo determinado, pudiendo el arrendatario ejercer al fin del período una opción de compra". (Ver además Circular 2257 de 22.05.87 sobre aplicación del artículo 11 bis del artículo 83 del DFL N°252 y N° 2293 de 07.10.87.)

Es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal, consensual, no solemne y de tracto sucesivo. Aunque es no solemne, en el hecho se suele otorgar por escritura pública a fin de que exista título ejecutivo, para que dé plena fe de la autenticidad y para efectos del artículo 1962 del Código Civil.

b) Clasificaciones y categorías.-

Pueden distinguirse varias especies de Leasing.

El Leasing operativo supone el arrendamiento de bienes directamente por la empresa productora.

El Leasing financiero, en cambio, supone que el requirente de un bien de capital productivo solicita a la empresa de leasing que adquiera dicho bien del productor o proveedor.

El Leasing directo es aquel que importa una relación entre el usuario y la empresa de leasing y otra relación entre la empresa de leasing y el proveedor.

El leasing indirecto ("vendor program") supone un acuerdo entre el fabricante y el leasing para colocar mediante esta clase de financiamiento bienes en forma masiva. También se puede hablar de leasing mobiliario o inmobiliario.

Existe asimismo una categoría que es el Leasback, que tiene por finalidad obtener dinero. El propietario de un bien lo vende a la empresa de leasing al contado, manteniéndolo como arrendatario con opción de recomprarlo al final de las rentas y con la posibilidad de prepagarlo (se inspira en parte en el artículo 1881 del Código Civil). Está estrictamente prohibido ejercerlo a las filiales de bancos respecto de muebles usados (Circular N°2392).

El Leveraged Lease, supone que la empresa de leasing sólo financia un porcentaje del valor del bien que se adquiere, aportando el resto inversionistas institucionales que exigen se constituyan prenda o hipoteca para garantía de sus créditos.

El "Renting" es muy similar a un arrendamiento, con la diferencia que el arrendador contrae ciertas obligaciones muy especiales, como son la de garantizar el riesgo de obsolescencia.

c) Efectos.-

La empresa de leasing contrae dos obligaciones: comprar el bien y ceder el uso del bien.

Respecto a esta última obligación, no obstante, en el leasing financiero, la obligación de entrega la cumple el productor o proveedor y no la empresa de leasing. Se estima que no habría una relación de mandato en que el productor o proveedor actúa como mandatario de la empresa de leasing, dado que el usuario (no la empresa de leasing) asume los riesgos de la entrega y la instalación (riesgos de un inadecuado cumplimiento de las obligaciones por el productor o proveedor). Esto significa que si el productor o proveedor no cumple su obligación, el usuario no podría demandar el cumplimiento o la resolución del contrato y debería seguir pagando las rentas. Pero será (así se estipula) la empresa de leasing la que podrá demandar la resolución o la ejecución forzada.

En el leasing, a diferencia del arrendamiento (artículo 1927 del Código Civil), el usuario asume la responsabilidad de todas las expensas, de cualquiera clase que sean. Además, en cuanto al derecho que tiene el arrendatario de demandar la terminación, una indemnización y/o una disminución del precio por turbaciones de derecho (artículo 1930 del C Civil), en la práctica las empresas de leasing hacen al usuario renunciar a cualquier derecho al respecto.

Otra diferencia con el arrendamiento radica en que la renta debe fijarse necesariamente antes de la entrega y no podría fijarse después de la entrega de la cosa arrendada. (artículo 1943 del Código Civil). Asimismo, el uso de la cosa no se hará según los términos o el espíritu del contrato (artículo 1938 del Código Civil) sino que en la práctica se suele señalar un destino muy preciso, circunscrito al giro de los negocio del usuario. Una última diferencia importante radica en que la obligación del arrendatario de restituir la cosa arrendada resulta asimismo esencialmente alterada.

Es de la esencia del leasing que al termino de la cesión del uso del bien, el usuario pueda optar por varias alternativas que la empresa de leasing está obligada a respetar (artículo 1554 del Código Civil):

- restituir el bien objeto del uso
- convenir una nueva cesión del uso bajo otras condiciones
- adquirir el bien por un precio predeterminado al convenirse la operación. La oferta de comprar queda perfeccionada al perfeccionarse el contrato, y debe ser aceptada o rechazada por el usuario dentro de un determinado plazo prefijado contado desde que ha expirado la cesión del uso.(artículo 99 del Código de Comercio). En tal caso la tradición será "breve manu" (artículo 684 N° 5 del Código Civil).

En el leasing inmobiliario, a fin de evitar una eventual acción rescisoria por lesión enorme, dado que el precio de la opción será muy inferior a la mitad del justo precio, se suele estipular que de las cuotas, algunas serán para cubrir el precio, y otras para el fondo de garantía irrevocable. Otro mecanismo de protección consiste

en que el usuario ceda la acción rescisoria a un tercero de confianza de la empresa de leasing.

El usuario contrae las siguientes obligaciones.-

Elegir el o los bienes objetos de la operación, pagar la renta, usar el bien en los términos convenidos, mantener y reparar los equipos, restituir el bien al término del contrato, contratar seguros.

d) Terminación del contrato.-

En general el contrato termina por las mismas causales por las que puede expirar un arrendamiento y de hecho se pueden ejercer las acciones de los juicios especiales de arrendamiento.

e) Aspectos tributarios.-

Desde el punto de vista de la renta, hay que considerar que el bien, para la empresa de leasing, es activo fijo, y por consiguiente, en el cálculo de Impuesto de Primera Categoría, depreciable, esto es, es posible deducir de la renta bruta la cuota anual de depreciación como un gasto más para haber producido la renta (artículo 31 N°5 de la ley de la renta). Además, es susceptible de corrección monetaria (artículo 41 de la ley de la renta). Ahora, en cuanto a la tributación del ingreso por rentas, ellas tributan en la medida en que se van devengando.

Desde el punto de vista del IVA, hay que hacer un distinguo:

i) Si es leasing mobiliario, la empresa de leasing debe pagar IVA al comprar, pudiendo compensar el crédito correspondiente con los débitos que se produzcan. (Ver artículo 27 bis DL 825 y Circular N° 36 de 1o de octubre de 1987 del S.I.I. que permite compensar en forma especial el IVA pagado por la empresa de leasing en la importación de un bien de aquellos que normalmente se destinan a activo fijo). Al facturar por las rentas periódicas, también debe recargar el IVA proporcional a cada período (artículo 8° letra g del DL N° 825). En el ejercicio de la opción de compra por el usuario, al traspasarse el bien, no debería pagarse IVA, por tratarse de venta de un bien perteneciente al ACTIVO FIJO de la empresa de leasing y que no constituye una venta habitual. En la práctica, sin embargo, el SII exige pago de IVA, lo que no tiene mayor efecto práctico fuera del costo financiero por el uso del dinero, dado que no existe crédito fiscal; ese IVA pagado por el usuario puede compensarlo con un débito operacional. Al ejercerse la opción de compra, no corresponde pagar IVA (la vendedora no es empresa constructora).

ii) Si se trata de inmuebles, adquiridos por la empresa de Leasing a una inmobiliaria, sociedad o persona natural que no sea constructora, no está afecta a IVA dicha adquisición.

Si la vendedora es constructora, y la empresa de leasing debe pagar IVA, puede recuperar su crédito contra el débito correspondiente. Y si la cesión del uso y goce no estuviere afecta a IVA, la empresa de leasing que pagó el IVA puede cargar ese mayor costo como pérdida y con cargo a la depreciación del bien. En cambio, si el usuario paga IVA por la cesión (rentas), dicho impuesto se considerará crédito fiscal que podrá deducir del IVA que se

origine en sus propias operaciones. Al ejercerse la opción de compra, no corresponde pagar IVA (la vendedora no es una empresa constructora).

f) Naturaleza jurídica de la operación de leasing.-

Básicamente puede ser entendido como un arrendamiento o bien como un mandato. Según este segundo esquema, la empresa de leasing es mandante y el usuario es mandatario respecto a una serie de actuaciones, relativas fundamentalmente a la selección del material con el objeto de que posteriormente la empresa de leasing realice la compraventa; y, a la inversa, la empresa de leasing es mandataria y el usuario es mandante, respecto de la compraventa misma (la empresa compra por cuenta del usuario).

g) Aspectos procesales.-

La terminación del contrato por mal uso de la cosa o por no pago de las rentas se sujetará a lo dispuesto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto al cobro de rentas atrasadas, tratándose de cosas muebles, puede hacerse por la vía de un cobro de pesos, sea por la vía ordinaria o la ejecutiva, según los casos. Si se trata de instrumentos privados, puede también prepararse la vía ejecutiva.

2.-EL FACTORING.-

a) Concepto.-

El factoring más que un contrato es una actividad financiera de colaboración, mediante la cual una empresa de factoring adquiere los créditos de que son titulares los comerciantes en contra de sus clientes, garantizando el pago de los mismos y presentando además, servicios complementarios de contabilidad, estudios de mercado, y otros, a cambio de una retribución, anticipando el valor de tales acreencias con devengo de intereses.

b) Clases de factoring.

Existe el "Notification factoring", en el que los clientes incluyen en toda factura una cláusula en que notifican a los deudores que sólo quedarán válidamente liberados haciendo el pago al factor (concordar con el artículo 1584 y 1902 del C Civil) y el "Non notification factoring", en el que los clientes no desean se sepa que operan con un factor, por lo que el pago se efectúa al acreedor, quien transmite copias de sus facturas al factor (el factor sólo cubre los riesgos de la insolvencia y un eventual financiamiento.)

Desde el punto de vista del financiamiento, pueden distinguirse el "Maturity factoring" (el factor le paga las facturas al vencimiento que corresponda según el caso); el "Credit Cash factoring" (el cliente exige que el factor pague de inmediato cualquier factura que le envíe cualquiera sea la fecha de su vencimiento) y el "Drop Schipment factoring" (el factor garantiza el pago de todas las facturas por mercadería entregada, previa aprobación del pedido).

No hay claridad si en el factoring hay una cesión de créditos o una subrogación convencional. Sin embargo, conviene tener presente que en la práctica es

frecuente que se estipule una cláusula en cuya virtud el factor se obliga a no ejercer acciones judiciales contra el deudor sin autorización del cliente. Además, lo que se estaría cediendo sería únicamente los créditos preexistentes; respecto de las meras expectativas habría un acuerdo previo de cesión (¿promesa de cesión de créditos futuros?) pero no podría hablarse de cederse las meras expectativas

c) Estructura jurídica del leasing.-

Como previos a la celebración de contratos, hay una "oferta de factorización" de cliente al factor y una "aprobación de los créditos" Desde el punto de vista del cliente, la responsabilidad se rige por el artículo 1907 del C Civil.

3.-EL FRANCHISING.-

a) Concepto.-

Más que un contrato es una forma avanzada de desempeño empresarial, en la que nombres, marcas, licencias de marcas, know how, marketing, publicidad, relaciones públicas, asistencia contable, financiera y técnica,... es puesto por un "franchisor" a disposición de un "franchisee". El franchisor recibe una tarifa inicial ("initial fee") y un pago continuo ("Continual Royalty Payment"), además de una participación en las ganancias. El franchisee se beneficia con la idea y la organización que pertenece al franchisor.

Desde el punto de vista legal, ofrece el problema de hacer compatibilizar la autonomía de la voluntad (artículo 12 y 1545 del Código Civil) con la libre competencia. Pues normalmente el franchising conlleva cláusulas de exclusividad de compra y/o de exclusividad de venta. Cuando se autoriza al franchisee a subcontratar se habla de un "master franchisee agreement".

b) Relaciones con otras instituciones.-

En la Agencia, el agente vende por cuenta y riesgo del comitente, en cambio en el franchising el franchisee obra por cuenta y riesgo propio.

En la distribución, el distribuidor tiene el derecho exclusivo de reventa, pero normalmente no tiene la prestación de garantía o asistencia técnica.

Donde hay más similitud es entre el franchising (sobre todo el "product franchising") y la concesión. El concesionario también da asistencia técnica y puede ofrecer garantía.

Guarda también relación con el contrato de licencia, en cuya virtud el titular de una patente de invención o marca (licenciante) faculta a un licenciataria para usar y gozar esa marca o patente de invención en forma exclusiva en un territorio y por un espacio de tiempo dado. También se relaciona el franchising con la cesión de una marca o patente de invención o con los contratos de know how.

El contrato de aprovisionamiento, en cambio, supone la obligación de proveer de cosas muebles a una persona natural o jurídica durante un tiempo determinado, para satisfacer ciertas necesidades determinadas y por un precio fijado de antemano.

El contrato de suministro es aquel por el cual una parte se obliga, por un precio, a ejecutar a favor de otra una prestación periódica o continuada de un bien o servicio para satisfacer una necesidad continua, estable y permanente.

c) Efectos del franchising.

El franchisor tiene derecho a percibir un "derecho de entrada" y "rentas periódicas"; establecer directivas financieras, administrativas, de marketing, publicitarias, comerciales y de control. A su vez se obliga a proporcionar al franchisee conocimiento de técnicas de comercialización, asistencia técnica,...

El franchisee tiene derecho a usar los signos distintivos o marcas del franchisor, proponer políticas generales de administración, control y comercialización, usar y gozar de las técnicas de comercialización y de la asistencia técnica que se obliga a proporcionar el franchisor. A su vez se obliga a cumplir las directivas impuestas por el franchisor, a pagar el derecho de entrada y las rentas periódicas,...

d) La exclusividad puede ser de compra (el franchisee se obliga a proveerse sólo de los productos provenientes del franchisor) **o de compra y venta** (además de lo anterior, el franchisor también se obliga a abastecer únicamente a ese franchisee).

Hay que tener presente que de acuerdo a la Fiscalía Nacional Económica, no puede obligarse al distribuidor a no comerciar otros productos similares (Resolución No 31 de 14.07.77); que tampoco es admisible la cláusula de exclusividad de compra y venta (Resolución No 28 de 19.01.77 y 90 de 28.01.81) ni siquiera limitada a un determinado ámbito territorial (Resolución No 9, de abril de 1975). Estas son Resoluciones de la Comisión Resolutiva de la Libre Competencia de la Fiscalía Nacional Económica.

4.- EL ENGINEERING.-

Más que un contrato es una relación compleja que envuelve la concepción, construcción e instalación de una unidad industrial, aportando prestaciones intelectuales y suministros. Estimamos que existiendo una yuxtaposición de prestaciones, el contrato quedará definido por la naturaleza de la prestación más preponderante (arrendamiento de servicios inmateriales, arrendamiento para la ejecución de una obra material, venta de cosa futura, know how,...). Cuando genera prestaciones intelectuales, la obligación es de hacer y una "obligación de medios". Cuando genera prestaciones materiales, la obligación es de DAR y una "obligación de resultado".

5.-LA TARJETA DE CREDITO BANCARIA.-

La tarjeta de crédito es una operación mediante la cual el emisor, Banco o institución financiera, concede al titular de la misma un crédito rotatorio de cuantía determinada, gracias a un contrato de apertura de crédito celebrado entre ambos, con el objeto que el usuario lo emplee en la adquisición de bienes o en el pago de servicios proporcionados por establecimientos comerciales afiliados al sistema, vinculados al emisor por el respectivo contrato de afiliación, que obliga a dichos

establecimientos comerciales a aceptar el pago mediante el uso de la tarjeta y al Banco a pagarlas, dentro de cierto lapso, dichas adquisiciones o servicios.

La tarjeta de crédito bancaria envuelve la participación compleja e interrelacionada de varias relaciones jurídicas.

Desde luego, entre el banco emisor y el titular de la tarjeta de crédito, debe haber una relación crediticia, generada por un contrato de apertura de crédito.

En segundo lugar, entre el banco y el establecimiento comercial debe haber un contrato de afiliación. En virtud de éste, el banco se obliga a pagar en los plazos convenidos un monto igual al importe de los comprobantes de venta o consumo presentados por el establecimiento mercantil afiliado al programa y a comunicar a los comerciantes adscritos al régimen, las tarjetas de crédito que se han dejado sin efecto antes de la fecha indicada en ellas para su vencimiento; en tanto el establecimiento se obliga a admitir que se pague el importe de los bienes o servicios suministrados, mediante la presentación de la tarjeta de crédito y la firma del comprobante respectivo por el usuario.

En tercer lugar, hay diversas relaciones jurídicas entre el cliente y el establecimiento (compraventa, transporte, seguro, arrendamiento, hospedaje,...) en las que el precio, el porte, la prima, la renta,... se pagan con la suscripción de un comprobante y la exhibición de la tarjeta.

Por último, existen vínculos contractuales de mandato entre el usuario y una sociedad administradora del sistema de tarjetas de créditos bancarias que permiten, frente al incumplimiento del usuario, y en ejercicio del mandato, que la sociedad administradora documente las obligaciones en mora en letras o pagarés. Por último, hay relaciones jurídicas entre la sociedad administradora y el banco emisor.

En Chile, la reglamentación de la tarjeta de crédito bancaria está en la Circular N° 3013-521 del Banco Central, Acuerdo N° 1936-16-890524.

6.- EL KNOW HOW.-

Es aquel conocimiento técnico, de carácter relativamente secreto, que tiene un valor económico y que es susceptible de ser objeto de contratos u operaciones mercantiles. No se agota en el proceso productivo, sino que puede además abarcar el aspecto comercial organizativo. Más que un contrato, el know how es el posible objeto de varios contratos posibles (arrendamiento de servicios, compraventa, licencia, cesión,...)

Las partes son, por una parte, el dador o proveedor que es la persona natural o jurídica que proporciona a otra durante un determinado espacio de tiempo el conocimiento técnico de que se trata obligándose además a introducir ciertas mejoras. Y, por otra parte, el receptor o adquirente, que es aquella persona a quien se transfiere el conocimiento técnico, con obligación de pagar un "royalty", de ejercer el conocimiento adquirido poniendolo en ejecución, adquiriendo las materias que al efecto sean necesarias, mantener la confidencialidad, devolver documentos confidenciales,..

El objeto es el conocimiento técnico cuya transferencia puede consistir en el cumplimiento de una obligación de hacer (mero conocimiento) o de dar (traspasar planos, informes, documentos,...).

El precio o "royalty" es la prestación esencial del receptor a cambio del conocimiento, y puede ascender a una suma fija, o a un porcentaje de las ventas brutas, o a un porcentaje de las ventas netas.

El know how se encuentra amparado por el artículo 284 del Código Penal y el artículo 70 de la ley de propiedad intelectual, así como el artículo 404 No 4 el Código de Comercio.

7.- EL UNDERWRITING.-

Es una operación celebrada entre una institución financiera y una sociedad que emite valores mobiliarios (acciones), mediante la cual la primera se compromete a prefinanciar a la segunda una emisión de títulos. El artículo 83 N°12 bis de la ley de bancos reconoce la posibilidad de hacer esta operación a los bancos comerciales. Pero sólo para acciones o debentures.

Cuando la operación se hace "con garantía", la institución financiera "underwriter" adelanta el monto correspondiente a la emisión, convirtiéndose en accionista de la sociedad. Lo que plantea el problema de definir si acaso desplaza a los accionistas en su derecho preferente a suscribir las acciones resultantes de un aumento de capital.

8.-EL FORFAITING.-

Este contrato es una forma de cesión de créditos. Un exportador que no ha recibido todavía el retorno proveniente de una venta internacional, cede a un tercero el derecho a cobrar el precio de venta que se le debe ("retorno de exportación")

9.-OTRAS FIGURAS CIVILES Y COMERCIALES NO REGULADAS EN NUESTRO DERECHO.-

a) El contrato de opción o "promesa unilateral".

Es aquel contrato en cuya virtud una de las partes reconoce a la otra el derecho de ejercer una opción facultativa que lo habilita para exigir una determinada prestación, consistente, ya sea en un contrato (unilateral o bilateral) o en un acto complejo. Las partes son el oferente y el beneficiario. La diferencia, según algunos, entre la opción y la promesa unilateral, consiste en que el contrato de opción constituye un contrato definitivo condicional, cuya vigencia queda sujeta a la mera voluntad del beneficiario, de tal manera que al ejercerse ella, el contrato se entendería perfeccionado.

b) El cierre de negocio.-

Es un contrato en que las partes se obligan a pagarse recíprocamente una cantidad de dinero si el negocio no se realiza en un plazo determinado y una de ellas estaba dispuesta a realizarlo.

A diferencia de la promesa o de la opción, no se genera obligaciones de hacer sino sólo de dar. De dar una suma de dinero.

No constituye una cláusula penal, pues no es un pacto accesorio a otro principal, sino que es un contrato principal, que versa sobre obligaciones de pago recíproco en las condiciones convenidas.

c) La Comisión.-

Es un contrato por el que una persona llamada "comitente" encarga la ejecución de una o más operaciones mercantiles lícitas e individualmente determinadas, a otra persona llamada comisionista, que se obliga a cumplir el encargo por una retribución.

A diferencia del mandato civil, la comisión es esencialmente remunerada, no expira por la muerte de comitente (art 240 del Código de Comercio), no puede ser revocada arbitrariamente por el comitente (artículo 241 del Código de Comercio), y no puede ser renunciada por la mera voluntad del comisionista (artículo 245 del Código de Comercio).

d)El corretaje o mediación.-

Es un contrato en virtud del cual una persona llamada cliente encarga a otra denominada corredor la obtención de una oferta seria, tendiente a realizar un determinado negocio, quien en el evento de lograr conseguirla, tiene derecho a cobrar al cliente una retribución llamada comisión, cuyo monto es el convenido o el usual.

Son por ende elementos esenciales de este contrato:

-La naturaleza del encargo del corredor debe consistir en obtener una oferta seria para realizar un negocio.

-El derecho del corredor debe tener el carácter de condicional.

Como efecto del contrato, podría señalarse la obligación condicional del cliente de pagar la comisión si el corredor obtiene la oferta seria encomendada. El corredor no está obligado a efectuar servicio alguno. El contrato le otorga, más que nada, una oportunidad para ganar una comisión.

e) La representación y la agencia comercial.-

En la representación comercial, un "principal" designa un persona en carácter de "permanente" en una determinada plaza comercial, para que promueva sus negocios colocando órdenes de compra que transmite a su principal para su aceptación y cumplimiento. En la agencia comercial, un comerciante que cuenta con un establecimiento de ventas al público o a comerciantes minoristas, recibe una franquicia consistente en usar la marca del principal en su negocio para indicar al público su calidad de agente. Cuando la agencia comercial implica grandes volúmenes de negocios, se celebra un contrato e concesión, distribución o "franchising".

f)El contrato de suministro.-

Es aquel en cuya virtud una de las partes se obliga a proporcionar a la otra prestaciones continuas y periódicas consistentes en cosas muebles o al menos materiales, incluyendo energía.

Se diferencia de la compraventa en que en la compraventa la cosa debe ser determinada en cantidad, mientras en el suministro ello no es necesario. Además, el suministro es siempre un contrato de tracto sucesivo, en tanto que la compraventa es un contrato de ejecución instantánea, si bien en muchos casos de ejecución diferida. Se diferencia del arrendamiento de servicio en que este arrendamiento supone siempre obligaciones de hacer en tanto que en el suministro puede haber obligaciones de hacer o de dar. Se diferencia del arrendamiento de cosas en que éste es título de mera tenencia en tanto que el suministro es título translaticio de dominio.